



# *Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti*

*Bilâl KILINÇ*



## **GİRİŞ**

**H**ukuk devleti kavramı son zamanlarda sıkça referans gösterilen kavramlardan biri olmuştur. Bu sihirli kavram adeta bir maymuncuk gibi her kapıyı açabilmektedir. Yazılan her makalede, yapılan her konuşmada temel argüman olarak bu kavram kullanılmakta ve adeta bir tanrı buyruğu imiş gibi itiraz edilemez noktaya ulaşılmak istenmektedir. Tabii bir de kavramı siyasi manivela aracı olarak kullanan birçok hukukçu ve siyasetçiye de rastlanmaktadır. Ayrıca devletler de kendilerine hukuk devleti denmesinden hoşlanmakta ve bunu bir paye olarak kabul etmektedirler. Bir hukuk devletinin vatandaşı olmak gurur verici statü gibi algılanmaktadır. Kavram belli tarihsel ve psikolojik birikimle gelip toplumsal yaşamımızın merkezine oturmuş gibi görünmektedir. Bu hususu özellikle yeni anayasa yapım sürecinde de çok net bir şekilde müşahede etmekteyiz. Toplumda yapılacak yeni bir anayasada hukuk devleti ibaresinin yer alması hususunda hiç kimsenin bir itirazı yok gibidir. Bu geniş konsensüsün sebebi nedir? Başka konularda hiç de kolay konsensüse varamayacak olan bir toplum ve siyasi çevreler neden bu konuda bu kadar net tavır ortaya koymaktadır? İşte bunun cevabı sihirli bir kavram olan “hukuk devleti”nde yatmaktadır. Bugünkü tabloyu anlamlandırabilmek, kavramı tahlil etmek suretiyle mümkün olacaktır.

“Hukuk devleti” kavramının her yerde kullanılır olması onu bir şarkının nakaratına benzetmiştir. Öyle ki bu nakarat şarkının diğer bölümlerinden daha uzun ve daha anlamsız-

dır. Bu şarkıyı söyleyenler de “seslerinin güzel olup olmadığına bakmadan” ulu orta kendilerini kaybedercesine söylemektedir. Ancak nakaratın içi bilerek boş bırakılmaktadır. Görünürde bir hukuk devleti yeterlidir; çünkü daha fazlasına gerek yoktur.

“Hukuk devleti” kavramı ilk bakışta her şeyi çözen bir anlama sahiptir. Devleti hukukla bağlamak iddiasının istif edilmiş hâli olarak hukuk devleti bu edayla hukukçuların, siyasetçilerin, akademisyenlerin, hukuk fakültesi ve siyasi bilimler öğrencilerinin ve diğer kesimlerin kullanmaktan çok haz aldıkları bir meta hâline gelmiştir ne yazık ki... Sosyal bilimler alanında bir kavramın metalaşması ise onu aslından uzaklaştırır. Nitekim sosyal bilimler sahasının laboratuvarıdır kavramlar. Bu laboratuvarında hesapsız kitapsız bir şekilde deney yapmaya kalkmak veya laboratuvarındaki malzemelere bir çocuğun oyuncağına yaklaştığı gibi yaklaşılmaması durumunda felaketler kapıda beklemektedir.<sup>1</sup> Bugün modern devletlerin adli teşkilatına bakmak bile kavramları ve hukuku oyuncak hâline getirmenin sonuçlarını görmek için yetecektir. Kavram özelinde ele alırsak, hukuk devletinden bah-

<sup>1</sup> Burada felaketten kastettiğimiz Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz’in “**Hukuk Devleti Olgusu**” adlı tebliğinde vurguladığı gibi gerçeklikle bağların kopartılmasıdır. Ökçesiz tebliğinde bu hususu şöyle izah etmektedir: “Hukuk devleti kavramı da bir ide, bir hukuki, siyasi kurum, anayasal bir buyruk olarak kendi toplumsal gerçekliği ile birlikte düşünülmendiğinde, iyi niyetli özelemler ayrı tutulmak üzere, çoğu zaman art niyetlerin saklanması, aldatma ve oyalamalar için kullanılmaktadır.” Tebliğ için bkz.: *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, C: 3, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Alkim Yayınları, İstanbul 1996.

settikten sonra hukuka ve adalete mugayir mahkeme kararlarının çıkmasının başka izahı var mıdır?

Yine buradan devam edecek olursak adil yargılanma hakkının dahi tanınmadığı yargılama süreçlerinden sonra verilen kararların gerekçelerinde hukuk devleti yazsa ne değişir? Kanunların ve hatta anayasanın evrensel hukuk ilkeleriyle ve adalette bağdaşmaması durumunda bir devletin anayasasında hukuk devleti ilkesi değiştirilemez yazmasının bir kıymet-i harbiyesi var mıdır? İdarecileri kişisel kaprislerinden kaynaklı olarak yapması gereken görevi yapmayıp bir de bundan ötürü sorumluluğuna gidilemeyecek olmasının verdiği güvenle davranan bir devletin hukuk devleti diye anılmasının kime ne faydası vardır? Polisin yazdığı fezlekeleri iddianame diye mahkemeye sunan savcılar hukuk devletinin savcıları olmakla övünebilirler mi? Mahkemede sanığın savunmasını yaptığı esnada uyuyan üye hâkimin tutukluluğun devamı kararına katılablmesinin hukuk devletinin maddi içeriğiyle bir ilgisi var mıdır? Yoksa sadece şekli yönüyle mi ilgisi vardır? İnsanlara haklarını bir mükâfat olarak sunan bir devletin hukuk devleti olarak tasvir edilmesi hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı anlamına gelebilir mi?

Bütün bu soruları çoğaltmak mümkündür. Belirtmek gerekir ki bütün bu sordüğumuz sorular hukuk devletinin daha çok maddi anlamına yöneliktir. Kavramın bir de ilk çıkış hâli olan ve “biçimsel (formel) hukuk devleti” olarak tarif edilen yönü vardır. Kavramın bu yönüyle ilgili olarak şu soru sorulabilir: Anayasasında kuvvetler ayrılığının kabul edildiği, mahkemelerin bağımsızlığının vurgulandığı ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu yazan bir devletin hukuk devleti olduğu söylenebilecek midir?<sup>2</sup> Burada vurgulamak istediğimiz hukuk

devletini dillerine dolayanların kavramın sadece şekli boyutuyla ilgileniyor olduğudur. Bunlar 19. yüzyılda kalmış ve realiteyle bağlarını kopararak gelinen noktaya bihaber olmuşlardır.

Yukarıda bahsettiğimiz hususlar kavramın sadece “devlet” aygıtının hukukla sınırlanması anlamı ile ilgilidir. Oysa kavram bu anlamının yanında belli tarihsel yükleri de üzerinde taşımaktadır. Bu sebeple çalışmamızda kavrama değinirken bir tarih bilinci ile hareket etmek mecburiyetindeyiz. Aksi hâlde kavramı doğru bir şekilde tahlil etmemiş oluruz ve “hukuk devleti kavramsallaştırması ilk Batı’da yapıldı, bizde ise herkes kelle koltukta dolaşmaktaydı” gibi ezberlenmiş bir sonuca ulaşırız ki bu sonuç ilmi bir çalışmanın sonucu olmaz.

Çalışmamızda incelenecek konu Kıta Avrupası’nın (Almanya ve Fransa) “hukuk devleti” (Almanca: *Rechtstaat*, Fransızca: *Etat de droit*)<sup>3</sup> kavramsallaştırması olmakla birlikte Anglosakson memleketlerde yapılan bir kavramsallaştırma olan ve hukuk devletiyle aşağı yukarı aynı şeyleri karşılayan “hukukun hâkimiyeti” [*Rule of law*] kavramsallaştırmasına da değinilecektir. Bu itibarla farklı hukukçuların hukuk devleti hakkındaki görüşleri de çalışmamızda yer alacaktır.

Bu çalışmada öncelikle kısaca hukuk ve devlet kavramları, daha sonra hukuk devleti kavramının tarihi süreç içerisinde kazandığı anlamlar ve oynadığı roller incelenecektir. Bu bağlamda İngiltere, Almanya ve Fransa hukuk ve siyasi tarihlerinde hukuk devletinin gelişimi ele alınacaktır. Kavramın bu tarihi ve siyasi arka plânı açıklandıktan sonra Türkiye’de hukuk devleti kavramının nasıl anlaşıldığını analiz edebilmek için Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti kavramına atfedilen anlamlar aktarılacaktır.

<sup>2</sup> Hukuk devletinin şekli ve maddi yönüne aşağıda ayrıntısıyla değinilecektir. Burada bu ayrıma değinmemizin nedeni kavramın günlük kullanımı ile aslında çıkış noktası arasında bir farklılık olduğuna dikkat çekmektir. 19. yüzyılda Max Weber’in biçimsel usallık tasarımının hukuka ve siyasi sahaya yansımış hâli olan “şekli hukuk devleti” ile daha sonra 20. yüzyılda bu salt biçimsel tasarıma bazı değerlerin de katılması gerektiğinin anlaşılması üzerine geliştirilen “maddi hukuk devleti” bugün birbirini bütünler bir yapı arz

etmektedir. Belirtmek gerekir ki Anglosakson geleneğin “rule of law” kavrayışı en başından beri maddi hukuk devletine daha yakındır. Özellikle Albert Vincent Dicey meşhur *Anayasa Hukukuna Giriş* kitabında sistemleştirdiği maddi hukuk devleti düşüncesi biçimsel olarak gelişen Kıta Avrupası geleneğine 20. yüzyılda yol gösterici olmuştur. Bunun ayrıntısına aşağıdaki bölümlerde değinilecektir.

<sup>3</sup> *Türk Hukuk Lügati*. Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991.

## MODERN DEVLET VE HUKUK

### 1. Genel Olarak

“Hukuk devleti” kavramı malum olduğu üzere hukuk ve devlet kavramlarının bir araya gelmesiyle oluşan bir tamlama kavram niteliğindedir. Temel olarak devletin hukukla sınırlandırılması olarak anlaşılır. Bu sebeple devlet ve hukuk kavramları açıklanmalıdır. Bu bölümde önce modern siyasal düşüncenin doğuşu ile ortaya çıkan devlet ve sonra hukuk kavramına değinilecektir. Modern devlet başlığı altında modern egemenlik ve toplum sözleşmesi kuramına kısaca değineceğiz. Hukuk başlığı altında da hukukun ne olduğu ile ilgili kısa bir değerlendirme yapacağız.

### 2. Modern Devlet

Hemen belirtmek gerekir ki “hukuk devleti” [*Rechtstaat, Etat de droit*] veya “hukukun hâkimiyeti” [*Rule of law*] kavramsallaştırmaları bu topraklara ekilmiş ve bu toprakların suyuyla beslenerek filizlenmiş kavramsallaştırmalar değildir. Bu sebeple Batı tarihinde doğan ve akabinde küreselleşen bu kavramı izah için devlet kavramı incelenirken Batı düşüncesi ile sınırlı kalınacaktır; çünkü hukuk devleti kavramsallaştırmasında hukukla sınırlanan devlet Batı'nın ürettiği modern devlettir.<sup>4</sup> Tabii şunu da unutmamak gerekir ki; Tanzimat Dönemi ile birlikte modern devlet bütün felsefe ve kurumlarıyla bu topraklara kök salmaya başlamıştır. Bu dönemden sonradır ki daha önceden klasik devleti sınırlayan “şeriat”ın yerini “pozitif kanunlar” ve bu kanunların en yücesi “anayasalar” almaya başlamıştır.<sup>5</sup> Daha sonra da 1961 Anayasası ile hukuk

devleti kavramsallaştırması hukukumuzda giriş yapmıştır.

Modern devlet başlığı altında inceleyeceğimiz iki temel husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi egemenliktir ve ikincisi ise devletin menşeiini açıklama gayesiyle ortaya atılmış olan toplum sözleşmesi kuramıdır. Bu iki düşünsel gelişme anlaşılmeden hukuk devleti kavramının anlaşılacağını söylemek pek mümkün görünmemektedir.

#### a. Egemenlik

Modern devleti, klasik devletlerden ayıran düşünce modern siyasal düşüncedir. Bu düşüncenin ortaya çıkmasında Niccolo Machiavelli (1469-1527) önemli bir yer tutar. Machiavelli siyasal birliğin bulunmadığı ve sürekli savaşların yaşandığı bir İtalya'da yetişmiştir. Bu parçalı yapı zamanla siyasal birliğini tamamlamış Fransa, İspanya gibi güçlü devletler tarafından tehdit edilmeye başlamıştır. İşte artık bu bölünmüşlükten kurtulmak gerektiğini savunan Machiavelli'nin politik görüşlerini ifade ettiği kitabının ismi belki de bu yüzden *İl Principe*'dir.<sup>6</sup> Bu eserinde Machiavelli yeni bir siyaset kıtası keşfettiğini belirterek kendinden öncekiler gibi salt kurgusal olan bir siyaset teorisini benimsemediğini ifade etmektedir. Buna göre incelenmesi gereken sadece siyasal yaşamın olgularıdır, yani siyasal iktidar sorunsalıdır. İktidarın ne olduğu, nasıl kazanıldığı ve kaybedildiği, nasıl elde tutulabileceği gibi soruları sorarak salt eylemsel olanı yakalamaya çalışır. Böylece Antik Çağ'ın siyaseti ahlaka ve Orta Çağ Avrupası'nın siyaseti Hıristiyanlık'a bağlayan mirasını reddetmiştir. Bunun yerine politikayı (uygulamalı siyaset) koymuştur. Politikanın temeli ise güce dayanmaktaydı. Yönetici gayri ahlaki

<sup>4</sup> Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Konrad Löw'ün hukuk devleti terimi hakkında şunları söylediğini aktarır: “Terim yeni olsa bile hukuk devleti kavramı oldukça eskidir. Henüz Eski Çağ döneminde bile hukuk devleti yönünde bazı talep ve mülahazalar ortaya atılmış ve kısmen de gerçekleştirilebilmiştir.” Bkz.: Hüseyin Hatemi, *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Yayınları, İstanbul 1989, s. 8.

<sup>5</sup> Burada “şeriat” ile kastedilen şey şudur: Osmanlı Hukuku, Şer'i Hukuk ve Örfi Hukuk olarak iki ana kola ayrılır. İşte bu kollardan Şer'i Hukuk yani hükümdarın müdahale edemediği sadece İslam hukukçularına münhasır bir alan olarak göze çarpan ve

Örfi Hukukun (Kanunnamelerin) meşruiyetini sağlayan alandır. Böylece hükümdarın otoritesini sınırlayan bir sistemleştirme yapılmıştır. Bkz.: Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2008. Osmanlı Devleti'nde hükümdarı sınırlayan herhangi bir yapının olmadığı yönündeki karşıt görüş için bkz.: Mehmet Akad-Biherin Vural Dinçkol, *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İstanbul 2006, s. 271 vd.

<sup>6</sup> Türkçeye *Prens* veya *Hükümdar* olarak çevrilmiştir. Bkz.: Niccolo Machiavelli, *Hükümdar*, Çev.: Necdet Adabağ, İş Bankası Yayınları, İstanbul 2011.

araçları bir sonuca varmak için kullanabilirdi. Din ise sosyal bir olguya dayandırılarak onun ritüelleri hükümdarın ve devletin düzenini sağlamak gibi pratik bir amaç için kullanılmıyordu.<sup>7</sup>

Yine Machiavelli'ye göre insanlar genellikle nankör, kaypak, ikiyüzlü ve kazanç düşkün varlıklardır. Burada vurgulamak istediği insanın özünde kötü olduğudur.<sup>8</sup> İnsanın özünde kötü oluşundan kaynaklı olarak iktidar sahibi, yani bir devlet kurmak ve yasalar yapmak isteyen her kişi insanları baştan kötü olarak kabul etmelidir. Nitekim her insan bir diğeri karşısında engeldir. Bu engel olma durumu "sıfır toplamlı iktidar" anlayışını gündeme getirmektedir. Buna göre birinin iktidarının artması diğeriinkinin azalması ve hatta yok olması anlamına gelmektedir.<sup>9</sup> Görüldüğü gibi Machiavelli, İtalya'nın siyasi dağınıklığına bir ilaç sunmak istemiştir; fakat bu düşünceleri bütün bir Batı siyasi ve felsefi tarihini etkileyecek uygulamaların ve fikirlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Machiavelli'nin vefatından üç yıl sonra Fransa'da dünyaya gelen Jean Bodin (1530-1596), yukarıda bahsedilen politik temel üzerine egemenlik teorisini oturtmuştur. Yukarıda gördüğümüz gibi Machiavelli siyaset alanını prensin alanı olarak tespit etmişti. Bodin bu tespiti bir adım daha ileri götürerek kralı "egemen" olarak tarif etmiştir. Böylece modern devlet kuramının ihtiyacı olan temel atmıştır.

Bodin devleti şöyle tanımlamaktadır:<sup>10</sup> "Devlet, birçok ailenin ve bu ailelere ortak olan şeylerin egemen erk tarafından doğrulukla yönetilmesidir." Görüldüğü gibi devleti diğer organizasyonel yapılardan ayıran temel nitelik egemen erk yani egemenlikle donanmış ol-

masıdır.<sup>11</sup> Peki, egemenlik nedir? Bodin bu sorunun cevabını şöyle vermiştir:<sup>12</sup> "Yurttaşlar ve uyruklar üstünde yasayla kısıtlanmamış en üstün iktidardır."

Bodin bu tanımdan hareketle egemenliğin üç unsurunun olduğunu belirtmiştir.<sup>13</sup> Birincisi *egemenliğin mutlaklığıdır*. Buna göre egemeni sınırlayan hiçbir şey bulunmamaktadır. Egemen uyrukların hiçbirine sormadan yasa yapabilir, onu kaldırabilir ve geleneği ilga edebilir.<sup>14</sup>

İkincisi *egemenliğin sürekliliğidir*. Burada vurgulanmak istenen husus yönetici ile egemenin karıştırılmış olduğudur. Süreyle kısıtlı olanın egemen olduğunu söylemek mantıklı değildir. Unutmamak gerekir ki her yönetici egemenin iradesi ile meşrulaşmaktadır. Modern devletlerde, "devlet sürekliliği" denilen şeyin Bodin'in bir armağanı olduğunu görmüş bulunmaktayız.

Üçüncüsü *egemenliğin bölünmezliği ve devredilemezliğidir*. Bu unsura göre egemenlik devredilemez ve parçalara bölünemez. Bodin'in bu kuramsallaştırmasının altında yatan pratik neden Fransa'da devam eden dinsel

<sup>7</sup> Ed.: Mehmet Ali Ağaoğulları, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s. 324, 325. Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 76, 79-80.

<sup>8</sup> Machiavelli'nin insanın özünde kötü olduğu vurgusu ile kendisinden 130 yıl sonra gelecek Thomas Hobbes'un "insan insanın kurdudur" formüleştirmesinin yakınlığı dikkat çekicidir.

<sup>9</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 327, 328.

<sup>10</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 405; Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 85.

<sup>11</sup> Devleti diğer organizasyonel yapılardan ayıran egemen erk unsurunu Bodin şöyle bir benzetmeyle açıklamaktadır: "Nasıl ki kenarları, pruvayı, pupayı, güvertiyi bir arada tutan omurgaya sahip olmamış bir gemi biçimsiz bir tahta yığınından başka bir şey değilse; bütün üyeleri ve bunların parçalarını, bütün aileleri ve dernekleri tek bir beden şeklinde birleştiren egemen erki olmayan bir devlet de devlet değildir." Bu benzetme için bkz.: Ağaoğulları, a.g.e., s. 407.

<sup>12</sup> Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 87.

<sup>13</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 407 vd.

<sup>14</sup> Bu mutlaklığa rağmen egemenin belli sınırlamalara tabi olduğunu vurgular. Bu sınırlamalar şunlardır: 1) Tanrısal ve doğal yasalar. 2) Üstün yasalar (egemenin kendisinin yapmadığı yasalar). 3) Özel mülkiyet. Burada dikkat çeken şey egemenin bir rolünün olmadığı kurallar tarafından sınırlanmasıdır. Yani egemenin kendisinden kaynaklı bir kuralla sınırlanabileceği düşünülmemiştir; zaten bunun aksi mantıklı bir sonuç olmazdı. Bu hususun devletin kendi yaptığı kanunlarla nasıl ve ne kadar sınırlanabileceği sorusuna arancak bir cevap için akılda tutulması gerekmektedir. Bkz.: Halil İbrahim Aydınli-Veyysel Ayhan, "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlanması Tartışması", *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1, s. 67-84; Sadri Maksudî Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Y., İstanbul 1945, s. 166.

bölünmelerdir. Bu çatışmaların sonlandırılabilmesi için krala böyle bir “egemen” konum kazandırılması gerekmektedir. İşte Bodin bunu yaparken modern siyasal düşüncenin yapı taşlarından biri olmuş ve egemen konum sadece krala kazandırmakla kalmamış diğer bütün devletleri de bu konuma taşımıştır.

Bu bahsi Thomas Hobbes ve onun *Leviathan*'ından<sup>15</sup> bahsetmeden geçmek olmaz. Zira Hobbes, egemen devleti bir simgeyle izah ederek egemenlik teorisine önemli bir algı kazandırmıştır. Hobbes 1588'de İngiltere'de dünyaya gelmiştir. Bu dönemin İngiltere'sinde politik çatışmalar ve kavgalar yoğun bir şekilde yaşanmaktadır. Bu yüzden Hobbes, insanın özünde kötü bir varlık olduğu vurgusunu bir sloganla formüleştirir: “İnsan insanın kurdudur.”<sup>16</sup> Buradan hareketle en kötü düzenin bile bu düzensizlik hâlinde daha iyi olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>17</sup> Onun toplum sözleşmesi kuramına göre doğa durumunda yani egemenin bulunmadığı bir ortamda insanlar kaos ortamında yaşamaktaydı. Bu işin böyle gitmeyeceğini anlayan insanlar bir araya gelerek yetkilerini *Leviathan*'a aktarmıştır.<sup>18</sup>

İşte egemen olan bu yeryüzü tanrısı yani Leviathan'dır.<sup>19</sup> Leviathan mutlak, sınırsız, sürekli ve bölünemez bir iktidara sahiptir.<sup>20</sup> Bir iktidar sahibi sınırlanabiliyorsa ona egemen denilemez. Görüldüğü gibi Hobbes öncüllerinin kuramlarını toplum sözleşmesi içinde yeniden yorumlamıştır.

İngiltere'nin bu ikliminde yetişmiş ve mutlak monarşileri ve dolayısıyla mutlak egemen-

liği savunan bir düşünürden bahsettikten sonra yine İngiltere'de aynı dönemde yetişmiş ama farklı düşünen bir siyaset kuramcısından bahsetmek yerinde olur. Bu meşhur kuramcının adı John Locke (1632-1704)'dur. Locke da Hobbes gibi toplum sözleşmeci bir düşünürdür; ama onun toplum sözleşmesi bazı temel farklılıklar taşımaktadır. Locke'a göre insan özünde iyidir ve dolayısıyla doğa hâlinde yani egemenin bulunmadığı tabiat durumunda iyilik içinde yaşamaktaydı. Fakat bazı insanlar diğerlerinin hak ve özgürlüklerine tecavüzde bulunmaya başlayınca bu cürümleri işleyenleri cezalandırma sorunsalı ortaya çıkmıştır. Bunun için insanlar bir araya gelerek devleti oluşturmuşlar ve yetkilerinin kullanımını ona vermişlerdir. İşte tam bu noktada Locke, devletin bu yetkilerinin bizzat sözleşme tarafından sınırlandırıldığını ifade ederek mutlak monarşiye ve dolayısıyla mutlak egemenliğe karşı çıkar. Locke, egemeni doğal kanunları uygulamakla görevlendirir. Nitekim bu kanunlar doğa durumunda mevcuttur ve bu sebeple egemenden önce olan kanunlar egemeni sınırlandırır. Hatta Locke, daha sonraları biçimsel hukuk devletinin esaslarından biri hâline gelecek kuvvetler ayrılığı ilkesinin temelini atmıştır.<sup>21</sup> Böylece aslında egemenlikten kaynaklı gücü bölmek istemiştir.

Yukarıda modern egemenlik kuramının temel paradigmasını görmüş bulunmaktayız. Müteaddit defalar belirttiğimiz gibi egemenliğin en üstün, asli ve sürekli iktidar olarak tanımlanmasının ardından Avrupa'da krallar güçlenmiş ve mutlak monarşiler dönemi başlamıştır. Sınırsız yetkilerle donatılmış yönetimler, soyluların (aristokratların) bazı ayrıcalıklarını korumakla birlikte siyasi işlevlerine son vermişlerdir. Bu soyluların orduları dağıtılmış, krala bağlı ordular güçlendirilmiş ve kentlere merkezden yöneticiler atanmıştır. Bunu en keskin yaşayan ülke Fransa olmuştur.<sup>22</sup> Fransa'nın bu siyasi ikliminde soylular mutlak monarşiye yani krala karşı ciddi eleştirilerde bulunmaya ve eskiden olduğu gibi siyasi güçten (aslında

<sup>15</sup> Leviathan sözcüğünün kökeni Babil mitolojisine kadar uzanmaktadır. İbranice Leviathan sözcüğü görünüşüyle insanları yıkan büyük bir su canavarını ifade etmektedir. Bu sözcük Eski Ahit'te de geçmektedir.

<sup>16</sup> Latince ifadesi şöyledir: “Homo Homini Lupus” Bkz.: Jacqueline Russ yönetiminde, *Felsefe Tarihi*, C: 2- *Modern Dünyanın Yaratılması*, Çev.: İsmail Yerguz, İletişim Yayınları, İstanbul 2012, s. 286.

<sup>17</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefe Tarihi*, Say Yayınları, İstanbul 2011, s. 473.

<sup>18</sup> Akad-Dinçkol, a.g.e., s. 90.

<sup>19</sup> Aydınli-Ayhan, a.g.m.

<sup>20</sup> Cevizci, a.g.e., s. 478. Egemenin sınırlanabilmesi hususunda Hobbes da Bodin gibi düşünmektedir: Egemeni ancak Tanrı sınırlandırabilir. Bkz.: Cevizci, a.g.e., s. 478.

<sup>21</sup> Aydınli-Ayhan, a.g.m.

<sup>22</sup> Bu noktada Fransa Kralı XIV. Louis'nin “Devlet benim.” sözünü hatırla tutmak gerekmektedir. Bu söz mutlak monarşinin Fransa'da yerleştiğini göstermektedir.

egemenlikten) pay istemeye başlamıştır.<sup>23</sup> Ama ne yazık ki artık egemenliğin en üstün ve bölünemez bir asli güç olduğu “keşfedilmişti.” Ayrıca keşfedilen bu Leviathan hak ve özgürlüklere meydan okumaya başlayınca mutlak monarşiye karşı olan düşünürler bir araya girmişlerdir.

Bu noktada beklenen ses, Charles-Louis de Secondat Baron de la Bréde et de Montesquieu (1689-1755)’dan gelmiştir: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi.”<sup>24</sup> Bu ilkeye göre devletin üç temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar yasama, yürütme ve yargı fonksiyonudur. İşte devlet bu fonksiyonlarını yerine getirirken bir güç (egemenlik) kullanır. Hak ve özgürlüklerin teminat altına alınabilmesi için bu üç fonksiyonun tek bir elde toplanmaması gerekmektedir.<sup>25</sup> Daha sonraları şekli hukuk devletinin olmazsa olmazlarından biri hâline gelecek bu ilke gücü üçe bölerek egemenlik tarifini yumuşatmış bulunmaktadır.<sup>26</sup>

Merkezi egemen devlet anlayışına özgürlükleri tehdit ettiği gerekçesiyle bu itirazlar yükselirken özgürlüğün sadece mutlak egemenlikle donatılmış devlet ile mümkün olacağı karşı cevabını veren bir ses yükselir: Jean-

Jacques Rousseau (1712-1778). Ona göre egemen devlet halkla özdeştir. Artık kutsal olan kral değil halktır. Hobbes’un belirginleştirdiği modern devlete yepyeni bir temel kazandırmıştır. Bu temel egemenliğin halka ait olmasıdır. Egemenliğin unsurları bakımından genel olarak Hobbes’u takip eder. Egemenlik devredilemez, bölünemez ve mutlaktır. Hobbes’tan ayrıldığı nokta egemenliğin temsil edilemeyeceği hususudur. Böylece halkın temsiline ilişkin düşüncüyü eleştirmekte ve yasama alanında halkın egemenliği dorudan doğruya kullanması gerektiğini savunmuştur. Böylece bundan sonra meclisler yüce birer mekân olarak düşünölmeye başlamıştır; çünkü halk egemenliğinin dorudan doğruya tecelli ettiği mekândır artık meclis.<sup>27</sup> Buradan hareketle şekli hukuk devletinin niteliklerinden biri olan hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği esasının anlamı tam da burada yatmaktadır.

Egemenlik bahsinde son olarak Carl Schmitt (1888-1985)’in düşüncelerine değineceğiz. Schmitt, Alman hukukçu ve siyaset kuramcısıdır. Onun amacının “liberalin hukuk devletine ve Marksistlerin ise ekonomiye boğazlattığı egemeni yeni bir Leviathan olarak diriltmek” olarak gösterilmektedir.<sup>28</sup> Buradan hareketle Schmitt’in egemenlik kavrayışının Hobbesvari bir kavrayış olduğu ortaya konulmaktadır.<sup>29</sup> Ona göre aslanan şey politik birliğin devamıdır ve bu birliği sağlayan kanunlar değil, egemen olan devlettir. Onun bu egemenlik kavrayışı çerçevesinde politik birliğe yönelik tehditlere karşı koyabilme kabiliyeti ön plana çıkmaktadır. Yine ona göre liberal hukuk devletinin ise böyle tehditlere karşı koyabilme kabiliyeti yoktur. Bu bakış açısından Schmitt egemen tanımını ise şu çarpıcı ifadelerle yapmıştır:<sup>30</sup> “Egemen, olağanüstü hâlde karar verendir.”

Egemenliğin yukarıda anlatmaya çalıştığımız tarihsel gelişim sürecindeki bütün bu tar-

<sup>23</sup> Mutlak monarşiye karşı soylu (aristokratik) muhalefetin önde gelen isimleri şunlardır: Fénelon (1651-1715), Saint-Simon (1675-1755), Boulainvilliers (1658-1722).

<sup>24</sup> Belirtmek gerekir ki bu ses cılız da olsa ilk defa İngiltere’den John Locke’dan gelmiştir. Locke’un şu üç kuvvetten bahsettiği bilinmektedir: Yasama, yürütme ve federatif erk. Fakat bu üç kuvveti ve bunların rollerini açıkça ortaya koyan ilk düşünür Montesquieu olmuştur. Bkz.: Ağaoğulları, a.g.e., s. 559.

<sup>25</sup> Montesquieu’nun şöyle dediği aktarılmıştır: “Bu kuvvetlerin hepsinin tek bir kişi veya kurumda toplanması hâlinde fertlerin hürriyetleri tehlikeye düşer. Yasama ve yürütme birleşirse hürriyet yoktur. Yürütme ile yargı birleşirse vatandaşların hürriyeti tehlikededir.” Bkz.: Aarsal, a.g.e., s. 208.

<sup>26</sup> Alman hukukçu Carl Schmitt 1919 tarihli Alman Anayasası’nın 48. maddesini yorumlarken şöyle demektedir: “Hâlen yürürlükte olan 1919 Alman Anayasası’nın 48. maddesine göre, olağanüstü hâl, devlet başkanı tarafından ilan edilir ancak dilediği zaman bunun askıya alınmasını talep edebilen parlamentonun kontrolü altındadır. Bu düzenleme, yetkilerin bölüştürülmesi ve karşılıklı denetimi yoluyla egemenlik sorununu olabildiğince ertelemeye çalışan hukuk devleti gelişim ve pratiğine uygundur.” Bkz.: Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Y., Ankara 2010, s. 18.

<sup>27</sup> Ağaoğulları, a.g.e., s. 586.

<sup>28</sup> Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi Modern Devletin Müdafaası*, Paradigma Y., İstanbul 2006, s. 2.

<sup>29</sup> Bünyamin Bezci, *Modern Türkiye’de Meşruyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar, C: 44, S: 508, s. 5-13.

<sup>30</sup> Schmitt, a.g.e., s. 13.

tışmalar göz önünde tutularak bir özet yapmak için tekrar sormak gerekir: Egemenlik nedir? “Egemenlik esas olarak, egemenin kendisinden daha üst bir otoritenin bulunmamasıdır.”<sup>31</sup>

Böylece egemenlik kavramının tarihsel seyri kısaca ele almış olduk. Modern devletin ve dolayısıyla egemenlik kuramının Avrupa’nın tarihsel sürecinden kopuk olmadığına özellikle dikkat çekmek gerekmektedir. Değişen siyasi durumlara göre kafalarda ya mutlak egemenlik sahibi varlıklar üretilmiş ya da bu mutlak egemenlik sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Yani modern egemenlik kuramı onun sınırlandırılması gerekliliğini de doğurmuş ve hukuk devleti kavramsallaştırması böyle bir sürecin eseri olmuştur.

### ***b. Toplum Sözleşmesi***

Modern devletin menşei<sup>32</sup> aydınlanma dönemi düşünürlerince farazî bir izaha dayandırılır.<sup>33</sup> Bu dönemin sosyal sözleşmecî kuramcılarının temel hareket noktası ilkel insanın özünde nasıl olduğudur. Buna göre ilkel insanlar “bon sauvage” [iyi vahşi]’dir. Bu insan tanımlaması modern devletin doğuşu için önemli bir tanımlamadır. Bundan sonra göreceğimiz ki Batı’da modern devletin kuramcıları hep bu çıkış noktasından hareket edeceklerdir.<sup>34</sup> Farklı düşünürler arasında değişiklik de arz etse temel olarak yukarıda bahsettiğimiz “iyi vahşi”ler zamanla mülkiyeti icat etmişler ve birbirlerine düşmüşlerdir. Devlet ise bu anarşiyi önlemek için bireylerin bir araya gelip bir sözleşme yapması sonucunda ortaya çıkmıştır.<sup>35</sup>

Belirtmek gerekir ki bu toplum sözleşmesi bir varsayımdan ibarettir; tarihi gerçekliği yoktur. Thomas Hobbes<sup>36</sup>, Jean Jacques Rous-

seau<sup>37</sup>, John Locke toplum sözleşmecî kuramcılardandır ve modern devleti toplum sözleşmesi bağlamında temel olarak bu üç düşünür kurgulamıştır. Bu yüzden bahsi geçen düşünürleri tanımadan modern devlet hakkında pek de bir şey söylenemeyecektir. Her şeyden önce bu düşünürler siyasi çekişmelerin ve bundan kaynaklı savaşların çokça yaşandığı bir Avrupa’nın düşünsel ikliminde yetişmişlerdir. Devleti sözleşmeye dayandırma düşüncesi, her ne kadar içerik olarak tarihsel gerçekliğe dayanmasa da biçimsel olarak tam da Avrupa’nın siyasal istikrarsızlığından ve merkezi otoritenin güçsüzlüğünden kaynaklandığı söylenebilir. Şöyle ki, Avrupa toplumlarında tarihsel bir süreç içinde akitler sistemi uygulanmıştır. Bu sisteme göre en büyük senyör (imparator) kral, dükler ve baronlar arasında akitler vardır. Kral böylece düklerin ve baronların desteğini sağlar. Diğerleri de kendi aralarında akitler yaparak siyasi ilişkilerini bu akitler çerçevesinde dizayn ederlerdi.<sup>38</sup> Bu mirası tevarüs eden aydınlanma düşünürlerinin “toplumsal sözleşme” kuramını ortaya atmalarının hiç de tesadüf olmadığını anlamış bulunuyoruz.

Bu bölümde bilhassa farklı toplum sözleşmelerinin ayrıntısına değinilmemiştir. Bunun nedeni konuyu dağıtmamaktır. Aktarmak istediğimiz husus devletin menşeiini açıklama gayretiyle geliştirilmiş bu kuramın modern devletin temel taşlarından biri olduğudur. Bugün bile yeni bir anayasa yapımı sürecinde bu anayasanın toplumsal bir konsensüs olarak ifade edildiğine şahit olmaktayız. Bu düşüncenin altında yatan felsefi temel yukarıda bahsettiğimiz toplum sözleşmesi anlayışıdır. Toplum sözleşmelerinin her ne kadar tarihi gerçekliği bulunmasa da modern devletin menşeiini açıklayan birer faraziye olarak hâlâ yaşamaktadırlar.

<sup>31</sup> Mehmet Ali Kılıçbay, “Devletin Yeniden Yapılanması”, *Doğu-Batı* dergisi, C: 1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997, s. 17-22.

<sup>32</sup> Egemenliğin meşruiyet temelinin aranması çabası olarak da isimlendirilebilir.

<sup>33</sup> İlber Ortaylı, “Devlete Nasıl Bakmalı?”, *Doğu-Batı* dergisi, C: 1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997, s. 11-15.

<sup>34</sup> Ortaylı, a.g.m.

<sup>35</sup> A.g.m.

<sup>36</sup> Bkz.: Thomas Hobbes, *Leviathan*. Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2012.

<sup>37</sup> Bkz.: Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Çev.: Vedat Günyol, İş Bankası Y., İstanbul 2006.

<sup>38</sup> Ortaylı, a.g.m. Oral Sander, *Siyasi Tarth*, C: 1, İmge Kitabevi, İstanbul 2011, s. 78-79. Yavuz Abadan, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara 1954, s. 154.

### c. Devlet Nedir?

Yukarıda modern devletin gücünden ve menşeinden bahsettik. Burada ise bütün bu mülahazalardan sonra kısaca devletin ne olduğunu anlamaya çalışacağız.

Devlet, belli sınırlarla çevrili bir yeryüzü parçasında örgütlenmeyi ifade eder.<sup>39</sup> Anayasa hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere bu tanımdan çıkan üç unsur vardır: *Ülke, nüfus, egemen bir otorite*.

*Ülke*, devletin üzerinde örgütlendiği toprak parçasıdır.

*Nüfus*, devletin üzerinde hâkimiyet kurduğu insan topluluğudur.

*Egemen bir otorite* ise devletin örgütlenmesini sağlayan unsurdur.<sup>40</sup>

Belirtmek gerekir ki bu unsurlar biri olmazsa diğeri olmaz şekilde bulunmalıdır.<sup>41</sup> Dikkat edilirse devletin ayırt edici unsuru belli bir toprak parçası ve insan topluluğu üzerinde egemenlik kurmasıdır. Hatta Max Weber'e göre modern devletin ayırt edici unsuru şiddet tekeldir. Weber şöyle demektedir:<sup>42</sup> "Modern devlet, bütün siyasal birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir: O da fiziksel güç ve şiddet kullanımınıdır." İşte böyle bir siyasi tasarımın nasıl sınırlandırılacağı sorunu devletin hukuka uyma sorunudur ve bugün bu sorun hukuk devleti kavramsallaştırmasında anlam bulmaktadır.<sup>43</sup> Ayrıca bu şiddet tekeline sahip bu siyasi organizasyonun hukuktan hareketle temellendirme ve örgütlenme sorunu da hukuk devleti kavramsallaştırmasında yerini bulmaktadır.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> İbrahim Özden Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Y., İstanbul 2006, s. 51.

<sup>40</sup> Devleti diğer organizasyonel yapılardan ayıran unsurun egemenlik olduğunu hatırlatmakta fayda var. Bu konuyla ilgili olarak yukarıda egemenlik bahsine bakılması gerekmektedir.

<sup>41</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2007, s. 115.

<sup>42</sup> Mithat Sancar, "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008, s. 28-46.

<sup>43</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 75.

<sup>44</sup> Sancar, a.g.m.

### 3. Hukuk

Arapça bir kelime olan hukuk, "hakk" kelimesinden türetilmiş bir kelimedir ve haklar anlamına gelmektedir. "Hakk" ise lügatte asıl olan, sabit olan, adalet, meşru iktidar, emek, pay ve din gibi anlamlara gelir.

Hak kavramına üç türlü yaklaşım vardır:

Birinci görüş "irade kuramı"dır. Buna göre hak, "hukuk düzeni tarafından bir kişi lehine bahşedilen irade kudreti veya hâkimiyettir."<sup>45</sup>

İkinci görüş "menfaat kuramı"dır. Buna göre hak, "hukukten korunan ve sahibine bu korunmadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir."<sup>46</sup>

Üçüncü görüş ise ilk iki görüşün sentezini yapan "karma görüş"tür. Buna göre hak, "insana sahibi bulunduğu menfaati korumak üzere tanınmış olan irade kudretidir."<sup>47</sup>

Hak kavramının bu şekilde anlaşıldığını ifade ettikten sonra denilebilir ki hukuk, sağlanan bu menfaatlerin veya iradenin belli bir düzen içinde sunulmasıdır. Hukuk bir düzeni deyimlerken, hak bu düzenin kişilere sağladığı yetkiyi anlatır.

Hukuk, "adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzenidir."<sup>48</sup> Dikkat edilirse burada kullandığımız hukuk tanımı bilinçli bir tercihtir. Zira kanaatimizce hukukla sınırlandırılmış bir devlet ancak adalet idesinin gözetildiği bir hukuk sisteminde mümkün olabilecektir. Nitekim adalet idesine yönelmiş hukuk, insanlarda bir kültür görünümü olarak belirir. İnsanlar hukuka sadece yaptırıma bağlandığı için değil, aynı zamanda içlerinden gelerek uyarlar. Tabii burada hukukla

<sup>45</sup> İsmet Sungurbey, "Hak Nedir?", (Der.: Hayrettin Ökçesiz), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Y., İstanbul 1997, s. 152.

<sup>46</sup> Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, Arıkan Y., İstanbul 2006, s.105.

<sup>47</sup> Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavramları ve Kuramları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 12-13.

<sup>48</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1979, s. 13; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 2.



sınırlanmış bir devletten kastettiğimiz kadim dönemlerden beri bir ide olan anlamıdır.<sup>49</sup> Yoksa Batı'da belli tarihi ve siyasi koşullarda ortaya çıkan kavramsallaştırma olan hukuk devleti değildir.

Adalet değerini içermeyen bir hukuk, çalışmamızın giriş bölümünde kısmen bahsettiğimiz şekli hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesine yeter. Auguste Comte'un "bilimsel felsefesi"nin hukuk sahasına yansımış hâli olan pozitivist hukuk ekolünün savunduğu anlayışa göre metafizik olan her şey hukukun kapısının dışına konulmalıydı. Bu düşüncenin sonucunda hukukun adalet gibi değer taşıyan kavramlarla ilişkisi kesilmiştir. Bunun yerine belli prosedürler öngörülmüş ve bu prosedürler takip edilmek suretiyle hazırlanan anayasalara, kanunlara ve diğer kurallara adaletle mugayir bile olsalar hukuk adı verilmiştir. Bu şekilciliğin mahzurları zamanla ortaya çıkmaya başlamış ve 20. yüzyılda bu biçimsellikten vazgeçilerek hukuka bazı değerler "enjekte" edilmeye başlanmıştır.<sup>50</sup>

İşte böylece hukuk devleti kavramsallaştırmasına maddi hukuk devleti gibi tabiri caizse bir "zeyl" yapılmıştır.<sup>51</sup>

Bu parantezi kapattıktan sonra yukarıda verdiğimiz hukuk tanımından hareket edelim.

*Hukuk düzeni* "insanlara barış, güvenlik, özgürlük ve eşitlik sağlar."<sup>52</sup>

*Barış*, bireylerin, grupların ve devletlerin çatışmasını önlemek anlamındadır. Böylece toplumda kavga değil, huzur ve sükün hâkim olacaktır.

*Güvenlik*, bazı saldırıların yasaklanması karşılığında yaptırım öngörülmesi ve hukuk güvenliği anlamına gelir.

Hukuk güvenliği ise şu unsurları bünyesinde barındırır:<sup>53</sup> "öngörülebilirlik, kanunların kesin ve açık kavramlar içermesi, değişmez bazı temel çizgilerin bulunması, süreklilik." Bu unsurların bulunduğu bir düzende insanlar haklarını ve yükümlülüklerini kesin bir şekilde öngörebileceklerdir. Eşitlik, kanunlar karşısında eşitlik anlamındadır. Özgürlük, hukukun sağladığı bir düzende insanın özgürlüklerini kullanabileceği anlamındadır. Düzensizliğin ve kaosun hâkim olduğu bir toplumda teorik olarak özgürlük olsa bile fiili olarak özgürlükten bahsetmek mümkün değildir. Bu bakımdan hukuk denilince sadece akla özgürlüğünü insanın elinden alan cezalar ve hapisaneler gelmemelidir. Bütün bu kabullerden sonra bir kural adaletle yönelmemiş ve yukarıdaki unsurları taşıyorsa ister bir meclisin veya monarhin iradesinden<sup>54</sup> isterse de üstün bir yasadan<sup>55</sup> kaynaklansın hukuk olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuk denilemeyecek kurullarla bağlı olan devlete de hukuk devleti denilemeyecektir. Nitekim böyle bir devlet sadece "kurallar" ile sınırlanmıştır, yani hukuk vasfını kazanmamış kurallar ile...

Yukarıda bahsettiğimiz hukukun anlam dünyasının derinlikleri bir tarafa aynı zamanda hukuk toplumsal gerçeklikle de bağlıdır. Toplumda baş gösteren bir ihtiyacın karşılanması hukukla mümkün olabilecektir. Zira hukuk düzen kurar. Bu somut gereksinimler arasında sağlık ihtiyacı, konut ihtiyacı, gıda ihtiyacı gibi alanlar örnek gösterilebilir.<sup>56</sup> Bütün bu ihtiyaçların karşılanması hukuk kuralları ile mümkün olabilecektir. Bu durum hukukun bir düzen sağlamanın sonucudur.

Bütün bu anlatılanlardan sonra denilebilir ki "hukuk devletindeki hukuk herhangi bir hu-

<sup>49</sup> Giriş bölümünde aktardığımız Prof. Dr. K. Löw'ün söylediklerini hatırlamak gerekecektir.

<sup>50</sup> Bu değerlerin ne olduğuna aşağıdaki bölümlerde değinilecektir.

<sup>51</sup> Belirtmek gerekir ki bu "zeyl" Anglosakson gelenekten adeta bir kan nakli gibi yapılmıştır. Bu konuda Albert Vincent Dicey'in maddi hukuk devleti ile ilgili görüşlerine aşağıda değinilecektir.

<sup>52</sup> Aral, a.g.e., s. 19. Anıl Çeçen, "Hukukta Norm ve Adalet", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 32, S: 1-4, Ankara 1975, s. 71-115.

<sup>53</sup> Aral, a.g.e., s. 22-24.

<sup>54</sup> İradeci Pozitivizm: Egemenin koyduğu kuralların hukuk olduğunu savunan düşüncedir. Hobbes, Bentham ve Austin bu düşüncenin önemli savunucularındandır. Bkz.: Sururi Aktaş, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IV, S: 1-2, s. 257-274.

<sup>55</sup> Normativist Pozitivizm: Kuralların hukuk olma vasfının üstün bir yasadan yani anayasadan kaynaklandığını savunan düşüncedir. Bu düşünce temel olarak normlar hiyerarşisine dayanır. En önemli savunucusu Hans Kelsen'dir. Bkz.: Aktaş, a.g.m.

<sup>56</sup> Aral, a.g.e., s. 27.

kuk değildir”<sup>57</sup> ve olmamalıdır. Bu itibarla hukuk devleti ile kanun devleti veya mevzuat devletini birbirine karıştırmamak gerekmektedir.

## HUKUK DEVLETİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

### 1. Genel Olarak

Girişte de bahsettiğimiz üzere hukuk devleti kavramsallaştırması belli sosyal ve siyasal koşullarda yapılmış bir kavramsallaştırmadır. Böyle bir kavramsallaştırmaya 18. yüzyıldan önce rastlanmamasının nedeni ortada hukuk sistemlerinin veya devletin bulunmuyor oluştundan kaynaklanmamıştır. Nitekim hukuk sistemleri ve devletler o zaman da mevcuttu. Bu tarihi hakikatten hareketle denilebilir ki modern devletin icadı beraberinde insanlığın daha önceden karşılaşmadığı nezuhr sorunları doğurmuş ve bu sorunların çözümü için yeni bir kavramsallaştırmaya ihtiyaç duymuştur.<sup>58</sup>

Yukarıda bahsettiğimiz egemeni sınırlanma zarureti hukuk devletini doğurmuştur. Hukukla sınırlanmış devlet olarak anlaşılacak bu kavram İngiltere’de “kişilerin değil, hukukun hâkimiyeti” [*Rule of law*] sloganıyla monarka karşı girişilen bir süreç olagelmıştır. Almanya’da ise idarecilerin keyfi eylem ve işlemlerinin hâkim olduğu polis devletinin tam zıddını ifade etmek üzere hukuk devleti [*Rechtstaat*] kullanılmaya başlanmıştır. Fransa kavramı Almanya’dan ödünç almış; fakat Fransız Devrimi’nden miras kalan öğeleri de bu kavrama eklemiştir.<sup>59</sup> Böylece kavram siyasal tartışmaların odağında olagelmış ve II.

Dünya Savaşı’ndan sonra hukuki metinlere girmeye başlamıştır.<sup>60</sup> 1980’den sonra ise küreselleşmeye başladı ve “zorunlu bir siyasal söyleme dönüştü.”<sup>61</sup> Dikkat edilirse birkaç satırda özetlediğimiz bu süreç yüzyıllar almıştır. Hukuk devleti kavramı işte böyle bir tarihsel arka plana sahiptir ve küreselleşmesiyle birlikte bütün bu tarihsel yükü yeryüzüne yaymıştır. Çalışmamızın en başında da ifade ettiğimiz gibi yeryüzünün tümünde böyle bir tarih yatıyormuş gibi değerlendirme yapmak bütün insanlık tarihini Batı tarihine indirgemek olur ki bu yanılısma ile kavram doğru tahlil edilmiş olmaz.

### 2. Rule Of Law: Hukukun Hâkimiyeti

#### a. Terim Farklılığı

Hukukun hâkimiyeti kavramsallaştırması Anglosakson geleneğin devleti hukukla sınırlama düşüncesinin bir ürünüdür. Almanya’da ve Fransa’da olduğu gibi “*rechtstaat*” veya “*etat de droit*”in İngilizce karşılığı olan “*state of law*” terimine rastlanmaz; bunun yerine “*rule of law*” terimi ile karşılaşıyoruz. Çünkü hukuk devleti teriminin ana vatanı Almanya’dır. Her ne kadar çalışmamızın başlığı hukuk devleti ise de hukuk devleti ile aynı şeyleri ifade eden “hukukun hâkimiyeti” kavramsallaştırmasına değinmeden geçmek yanlış olacaktır. Nitekim hem Anglosakson gelenek hem de Kıta Avrupa’sı geleneğinin bu iki farklı kavramsallaştırmasının ortak noktası egemen modern devletin hukukla sınırlandırılmasının tasarımı ifade etmesidir. Denilebilir ki hukukla sınırlanmış devlet ideali İngiltere’de daha erken belirmiş ve tatbik edilmeye çalışılmıştır. Bu yüzden de İngiltere’deki süreci özetlemekten Kıta Avrupası’ndaki gelişmeleri açıklamak kronolojik olarak hatalı olacaktır. Tabii belirtmek gerekir ki kavrayışlar bu iki gelenekte temel olarak aynı olsa bile yapılanmanın düşünülmesi bakımından farklılık arz etmektedir. Şöyle ki Anglosakson gelenek aşağıda bahsedeceğimiz üzere parlamentonun krala

<sup>57</sup> Mustafa Erdoğan, “Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008, s. 48-59.

<sup>58</sup> Bu konuda Mithat Sancar şöyle demektedir: “Hukuk devleti, insan hayatını istila etmesine ve insan onurunu git gide artan endişe verici yollarla tehdit etmesine imkân veren yeni kurum ve uygulamalar yaratmış olan modern devlete karşı geliştirilmiş bir emniyet kemeridir. Malum, emniyet kemerinin tasarlanıp geliştirilebilmesi için, önce otomobilin icat edilmesi gerekmiştir.” Bkz.: Sancar, a.g.m.

<sup>59</sup> Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*. Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Y., Ankara 2010, s. 19.

<sup>60</sup> Bu hususu Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu, hukuk devletinin uygulamaya konusu olarak ifade etmektedir. Bkz.: Kaboğlu, a.g.e., s. 382.

<sup>61</sup> Chevallier, a.g.e., s. 1.

karşı verdiği mücadeleden sonra liberal teo-  
rinin yarattığı “birey”in hak ve özgürlüklerini  
koruma kaygısına dayanır. Kıta Avrupa’sı ge-  
leneği ise “esas itibarıyla biçimsel şekilde dü-  
şünülmüştür.”

### b. İngiliz Tarihinde 17. Yüzyıl

Bu konuya Friedrich A. von Hayek’in şu ifadeleri ile başlamak doğru olacaktır:<sup>62</sup> “Mo-  
dern dünyada, azınlığın imtiyazı olan özgür-  
lüklerin dışında genel insan özgürlüğü, 17.  
yüzyılın İngiltere’sinden önce neredeyse yok-  
tu. Şüphesiz İngiltere’deki bu gelişme, takip  
eden yüzyıl boyunca Avrupa’nın geri kalanı  
için imrenilecek bir model hâline gelmiş ve  
yenidünyadaki daha ileri gelişmelerin temeli  
olmuştur.” Hayek’in bu ifadesiyle bu bölümde  
anlatcağımızın özetini en başından yapmış  
oluyoruz. 17. yüzyıl İngiltere tarihi açısından  
kökleri 1215’te Magna Charta ile atılmış en  
uzun yüzyıldır. Bunun nedeni monarşi, özel  
mal-mülk sahipleri ve halk arasında cereyan  
eden mücadeledir. Bu gerilimi başlatan ana  
faktör 15 ve 16. yüzyıllar boyunca Tudor ve  
Stuart hanedanlıklarının İngiltere’yi parlamen-  
toyu dikkate almadan mutlak monarşi ile yö-  
netme arzusudur. Ancak bu hanedanlıkların  
dikkate almadığı husus parlamentonun gücü-  
dür. Parlamento bu gücünü şu beş unsurdan  
alıyordu:<sup>63</sup> İlk olarak parlamento, temel hakla-  
rı içeren belge ve bildirilere dayanan bir moral  
güce sahipti.<sup>64</sup> İkincisi parlamento hem top-  
rak sahibi şövalyeleri hem de kentlileri bünye-  
sinde barındırıyordu.<sup>65</sup> Üçüncü unsur olarak  
üyelerinin çoğu mal ve mülk sahibi zenginler-  
di.<sup>66</sup> Dördüncü olarak parlamento tekti, ülke-

de başka bir parlamento yoktu.<sup>67</sup> Sonuncu  
unsur ise soylular ve orta sınıfın parlamento-  
da temsil edilmesidir.<sup>68</sup> Bu özellikleri sayesinde  
İngiliz Parlamentosu krala karşı girişilen  
mücadelelerde güçlü kalabilmiştir. Aşağıda in-  
celeyeceğimiz üzere hukuk devleti tasarımı-  
nda parlamentolara verilen “manevi” anlam  
belki de bu mücadeleden gelmektedir.

Kral I. Charles (1625-1649) Parlamento’ya  
danışmadan İspanya ve Fransa’ya savaş ilan  
etmiş ve bunun için vergileri artırmıştır. Böy-  
lece devam etmekte olan siyasi mücadele iyi-  
ce kızışmıştır. Bu gelişmeler üzerine Parla-  
mento, 1628’de “Haklar Bildirisi”ni [Petition  
of Rights] yayımlamıştır. Bu bildiriye daha  
sonra hukuk devletinin esaslarından kabul  
edilebilecek bazı ilkeler ifade edilmiştir. Bu il-  
kelerden belki de en önemlisi şudur: “Kral,  
hukuk sürecinden geçilmeksizin kimseyi suç-  
layamaz ve cezalandırmaz.” Kralın bu bildiriye  
tepkisi ise parlamentoyu dağıtmak oldu. An-  
cak mali sıkıntılar dolayısıyla kral Parlamento-  
yu on bir yıl sonra 1640’ta yeniden toplantıya  
çağırarak zorunda kaldı. Fakat parlamento  
“uslu” durmadı ve bir bakanı idama mahkûm  
etti. Bunun üzerine siyasi çalkantılar iyice art-  
tı. Bu karışıklıktan istifade eden parlamentonun  
Oliver Cromwell halktan teşekkül eden bir  
ordu topladı ve krala karşı mücadele başlattı.  
Bu silahlı mücadele bir tarafa bir de parla-  
mento kralı vatana ihanet suçundan yargıla-  
maya başladı. Bu dava 1649’da kralın idama  
mahkûm edilmesiyle sonuçlandı. Dünya tari-  
hinde ilk defa bir monarkın kellesi halk tara-  
fından alınıyordu. Kralın idamından sonra İn-  
giltere bir cumhuriyet olmuştur; ancak  
1658’de Cromwell’in ölümü üzerine II. Char-  
les tahta geçmiş ve önceki monarşi devam  
etmiştir. II. Charles’tan sonra kardeşi II. Ja-  
mes 1685’te tahta geçmiş ve o da babası gibi  
parlamentoyu dikkate almadan ülkeyi yönet-  
meye kalkınca kral ile parlamento arasındaki  
mücadele yeniden başlamıştır. Fakat parla-  
mentonun yürüttüğü etkin mücadele sonu-

<sup>62</sup> Friedrich A. Von Hayek, *Özgürlük ve Hukuk Devleti: Tarihsel Bir İnceleme*, Çev.: Seda Gültekin Göktolga-  
Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-  
Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008, s. 43-59.

<sup>63</sup> Sander, a.g.e., s. 108.

<sup>64</sup> Bunların en başında 1215 tarihli Magna Charta gelir.

<sup>65</sup> İleride görüleceği üzere monarkın vergileri artırması  
hâlinde bu grubun ayaklanmaması için hiçbir neden  
yoktur.

<sup>66</sup> Parlamentonun bu özelliği sebebiyle mülkiyetin öne-  
mine vurgu yapan retorikler gelişecektir. Özellikle  
hukuk devleti kavramsallaştırmasının temelindeki li-  
beral öğretinin buradan geldiğini söyleyebiliriz.

<sup>67</sup> Parlamentonun bu özelliği monarka karşı girişilecek  
bir mücadelede bölünmüş bir muhalefet yerine tek  
elden organize edilen bir muhalefetin önünü açmış-  
tır.

<sup>68</sup> Parlamentonun bu özelliği sınıf farklılıklarını keskin-  
leştirmiyordu. Bu sebeple monarka karşı elde edilen  
bütün haklardan orta ve alt sınıflar da faydalanabili-  
yordu.

cunda kral 1688'de ülkeden kaçmak zorunda kalmıştır. Bu gelişmeler üzerine parlamento 1689'da "Haklar Yasası"nı [Bill of Rights] yayımlamıştır. Bundan sonra hiçbir yasa kral tarafından ilga edilemeyecek, parlamentonun izni olmaksızın vergi toplanamayacak ve hukuk sürecinden geçirilmeden kimse tutuklanamayacaktır.

Yukarıda 17. yüzyıl İngiltere'sinin kısa bir özetini yapmış bulunuyoruz. Böylece Leviathan olmak isteyen krala karşı girişilen mücadelede parlamento kazanan taraf olmuş ve bu siyasi gelişmeler sonucunda İngiltere'de "hukukun hâkimiyeti"ne giden temeller atılmıştır.

### c. Albert Vincent Dicey

Dicey, "rule of law"u sistemleştiren kişi olarak anılır.<sup>69</sup> Ona göre yukarıda anlattığımız parlamento lehine sonuçlanan güç mücadelesi tacın üstünlüğünü parlamentonun üstünlüğüne dönüştürmüştür. Buna bağlı olarak da yasanın üstün ve mutlak otoritesi gündeme gelmiştir. Dicey, "rule of law"un üç anlamının olduğundan bahseder. Bunlardan *birincisi* hükümetin keyfi güç kullanamamasıdır. Buna göre hiç kimse olağan hukuki usullere göre ve olağan mahkemelerce hukuku ihlal ettiği tespit edilinceye kadar cezalandırılmaz. *İkincisi* hukuk önünde eşitlik ilkesidir. Buna göre herkes hukuk önünde eşittir ve yönetenler vatandaşlardan farklı muamelelere tabi tutulamaz. Tam da burada Dicey, Fransa'daki idare hukukunu ve idare mahkemelerini eleştirir. *Üçüncüsü* ise anayasanın ülkenin olağan hukukunun sonucu olmasıdır.<sup>70</sup> Dicey bu noktada anayasayı hukukun yaptığını vurgulamak ister. Diğer ülkelerde olduğu gibi anayasalar hukuku yaratırsa "hukuk devleti"nin formel bir anlamdan öteye gidemeyeceğini ifade eder.<sup>71</sup>

<sup>69</sup> Chevallier, a.g.e., s. 7.

<sup>70</sup> İngiliz Anayasası'nın özellikleri için önemli bir yazı için bkz.: Walter Bagehot, *İngiliz Anayasası, Batı'ya Yön Veren Metinler* içinde, Der.: Alev Alatlı, C: 3, Kapadokya Meslek Yüksek Okulu, s. 1193-1198.

<sup>71</sup> Albert Vincent Dicey, *Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar* [Rule of Law: Its Nature and General Applications, in Introduction to the Study of the Law of Constitution], Çev.: Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuk Bir İlike Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza

## 3. Alman Rechtstaat Doktrini

### a. Terimin İlk Defa Kullanılışı ve Yaygınlaşması

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi (Prof. Konrad Löw'den naklen), hukuk devleti teriminin ilk defa 1798'de Almanya'da Johann Wilhelm Placidus tarafından yayımlanan *Literatur der Staatslehre* başlıklı eserde kullanıldığını aktarmaktadır.<sup>72</sup> Bu ilk kullanımın akabinde K. Theodore Welcker tarafından birçok yazıda kullanılmıştır. Bu yeni terim artık siyasi tartışmalarla gündeme gelmiş ve bir argüman olarak kullanılmaya başlanmıştır; fakat kabul görmesi 19. yüzyılın ikinci yarısını bulmuştur.<sup>73</sup> Terimin ilk kez bir hukuki metinde kullanılması II. Dünya Savaşı'nın bittiği yıla rastlar. 1946 tarihli Bavyera Anayasası, hukuk devleti teriminin ilk kez kullanıldığı anayasa olmuştur. Bu Anayasa'nın 3. maddesine göre Bavyera, "bir hukuk, kültür devleti ve sosyal bir devlettir."<sup>74</sup> Bundan sonra anayasalarda kullanılmaya başlayan kavram devleti nitelendirmekte referans kavramlardan biri hâline gelmiştir. 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası<sup>75</sup>, 1961 tarihli Türkiye Anayasası<sup>76</sup> ve 1982 tarihli Türkiye Anayasası<sup>77</sup> "hukuk devleti" terimini aynen kullanmıştır. 1978 tarihli İspanya Anayasası<sup>78</sup> "hukukun üstünlüğü" ve 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasası<sup>79</sup> ise "hukukun egemenliği" lafzını tercih etmiştir.

Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008, s. 25-38. Bu konuda yapılmış bir başka önemli çalışma için bkz.: Deniz Gökkılıç, *İngiltere'de 'Hukuk Devleti' Anlayışı*, Garanti Matbaası, İstanbul 1970.

<sup>72</sup> Hatemi, a.g.e., s. 8. Bu tarihin ve müellifin zikredildiği bir başka çalışma için bkz.: Doğan Özlem, "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008, s. 11-25.

<sup>73</sup> Chevallier, a.g.e., s. 9.

<sup>74</sup> Hatemi, a.g.e., s. 8.

<sup>75</sup> M. 16/2, 23/1, 28/1.

<sup>76</sup> M. 2.

<sup>77</sup> M. 2.

<sup>78</sup> M. 1.

<sup>79</sup> M. 2.

## b. Maddi Hukuk Devleti- Şekli Hukuk Devleti Ayrımı

Hukuk devleti kavrayışı Anglo-Amerikan geleneğin “hukukun hâkimiyeti” düşüncesine yakın bir kavrayıştır. Hukuk devleti, liberal bir kavrayış olarak polis devletine tepki olarak ortaya atılmış ve böylece keyfi hareket eden bir devlet yerine hukuksal prosedürler içinde hareket edebilen bir devlet düşüncesinin sloganı hâline gelmiştir. Fakat zamanla bu “maddi” düşünce yerini biçimselliğe bırakacaktır. Bunun altında yatan neden pozitivist düşüncenin kuvvetli olmasıdır. Hukuku sadece ama sadece bir bilim hâline getirmeyi amaçlayan teorisyenler matematik kesinliğin peşine düşmüşlerdir. Liberal görüşe tepki olarak Friedrich Julius Stahl (1802-1861), hukuk devletin devletin örgütlenmesinde hukukun rol oynaması anlamına geldiğini savunur. Böylece biçimsel hukuk devletine giden yolu açmıştır. Artık hukuk devleti idarenin yasalara boyun eğdirildiği ve idareye karşı yargısal yolların açık olduğu devlet olarak anlaşılmaya başlandı. Bu da hukuk devletini yasal bir biçimselliğe götürdü.

Bu biçimselliğin en sistematik ve zirve noktası Hans Kelsen (1881-1973)’in “saf hukuk kuramı”dır.<sup>80</sup> Kelsen’in hukuk devletini şöyle tanımladığı aktarılır:<sup>81</sup> “Anayasa, yasa ve tüzüklerin aşamalı katmanlaşmasına dayanan, her bir organın iç içe geçmiş ve birbirine bağlanmış normlar çerçevesinde hiyerarşik ve piramidal bir hukuk düzeninde yapılanmasıdır.” Bu sistemleştirmesiyle Kelsen hukuk düzeni ile devlet düzenini eşitlemiştir. Zaten ona göre hukuk devleti tam bir “laf kalabalığı”dır; zira hukuk ile devlet farklı şeyler değildir. Kelsen’in hukukla devleti özdeşleştirmesindeki amaç hukukun mu devletten önce geldiği yoksa devletin mi hukuktan önce geldiği sorusunun tartışılmasını engellemiştir. Kelsen öncülüğündeki normativist okulun bu kavrayışı biçimsel hukuk devletinin en net ifade tarzıdır.<sup>82</sup> Bazı müellifler böyle bir hukuk devleti

düşüncesini “devletsel yapılanma tarzı anlamında hukuk devleti”<sup>83</sup> olarak ifade etmektedir. Hukuk devletinin biçimselliğe hapsedilmesinin zamanla çok ciddi sorunlara yol açtığı görülünce Anglo-Amerikan gelenekteki gibi bazı “maddi” aşılamlar yapılacaktır.

Alman düşüncesindeki şekilciliğin gelişimini kısaca anlattıktan sonra “şekli hukuk devleti” ile kastedilenin ne olduğunu birkaç kelimeyle ifade etmek gerekecektir. Kamu gücünün hukuka bağlandığı, hukukla kayıtladığı, bağımsız mahkemelerde denetlenebildiği ve kanun yollarının açık olduğu devlet şekli anlamda hukuk devletidir.<sup>84</sup>

“Maddi anlamda hukuk devleti”nin ayırt edici özelliği ise bazı şekli prensiplerin korunmasının yanında, “hâkim kılınması gerekli hukukun belli bir maddi içeriğe sahip olması”<sup>85</sup> gerekliliğidir. İşte bu gereklilik bir hukuk devletinde sadece şekli güvenceler getirilmesinin yanında aynı zamanda adalet ve insan onuruna aykırı hiçbir eylem ve işlemin yapılamamasını sağlar.<sup>86</sup> Devletlerin kendiliğinden böyle bir hareket tarzı benimseyeceğini beklemek hata olur. Nitekim tarihi tecrübeler ve yakın bir geçmişte yaşananlar göstermektedir ki olağanüstü bazı durumlarla karşılaşıldığında devletin insanlara sağladığı şekli güvenceler kolaylıkla bizzat kanunlar tarafından askıya alınabilmektedir. Kanunların adalet idesine ve insan onuruna uygun olmadığını ifade eden insanlar ise “devlet düşmanı” olarak gösterilmektedir. İşte hukuk devletinin maddi içeriği burada devreye girerek adalet ve insan onuruna aykırı bir kanunun hukuk vasfını kazanmamış olduğunu ifade eder. Ancak ne yazık ki “bir toplumsal örgütlenme ve etkileşim modeli”<sup>87</sup> söz konusu olmadığında hukuk devletinin maddi içeriğini doldurmak pek mümkün görünmemektedir. Devlete yönelik dışarıdan sürekli bir meşruiyet ve hukukilik

<sup>80</sup> Bkz.: Vecdi Aral, *Kelsen’in Saf Hukuk Teori-sinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.

<sup>81</sup> Kaboğlu, a.g.e., s. 381-382.

<sup>82</sup> Chevallier, a.g.e., s. 39.

<sup>83</sup> Sancar, a.g.m.

<sup>84</sup> Hatemi, a.g.e., s. 19.

<sup>85</sup> Adnan Küçük, *Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008, s. 351-454.

<sup>86</sup> Hatemi, a.g.e., s. 19.

<sup>87</sup> Sancar, a.g.m.

sorgulaması olmadığı müddetçe aşağıda göreceğimiz “özsınırlama” fikrinin pek bir anlamı kalmamaktadır.

### c. Özsınırlama Fikri

Özsınırlama fikri, temel olarak Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831)'in siyaset ve hukuk felsefesine dayanır. Her şeyden önce Hegel'in özgürlük tanımına bakmak gerekecektir:<sup>88</sup> “Sadece yasaya itaat eden irade özgürdür.” Bu tanımdan hareketle ona göre devletin hukuku, bireysel özgürlüğü güvence altına almakta ve “özgürlük fikri, devlet olarak tam anlamıyla gerçekleşmektedir.”<sup>89</sup> Hegel özgürlüğü böyle tarif ettikten sonra hukukun ne olduğu ile ilgilenir. Ona göre sadece devletten kaynaklanan hukuk vardır. Bu yüzden hukukun devleti dışsal olarak sınırlaması mümkün değildir. Devlet hukuku yaratandır ve böylece kendi kendini düzenlemektedir. Kendi iktidarını çevreleyecek hukuku da yaratan devlettir. Hâl böyle olunca bu sınırlamayı da değiştirme yetkisini haizdir. İşte bu düşünceler idare hukukunu ve idare hukuku ile devleti sınırlandırma düşüncesini temellendirmiştir.<sup>90</sup>

## 4. Fransız Etat de droit Kavrayışı

Alman Rechtstaat Teorisi'nin Fransa'da 20. yüzyılın ilk yarısından itibaren kabul görmeye başladığı aktarılır.<sup>91</sup> Terimi 1901'de Léon Duguit'in, 1903'te Maurice Hauriou'nun ve 1906'da Léon Michoud'un kullandığı bilinmektedir.<sup>92</sup> Bu düşünürler, kavramı hızla 1789 Fransız Devrimi'nden miras kalan müktesebata uyarlamışlardır. Bundan sonra kavram “*Etat de droit*” olarak Fransızca hukuk literatüründe yer alacaktır.

Egemenlik bahsinde anlattığımız hususa kısaca değinmekte fayda vardır. Fransa'da

mutlak monarşiye karşı verilen mücadele hiyerarşik bir hukuk düzenini doğurmuştur.<sup>93</sup> 1789'da bütün dünyayı etkileyecek Fransız Devrimi olmuş ve kral devrilmiştir. Devrimden iki yıl sonra (1791) İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden ilham alan bir “anayasa” yapılmıştır.<sup>94</sup> Bu anayasa ile nasıl ki eskiden kral sınırlandırılmaya çalışılmışsa şimdi de ulusun egemenliğini kullanacak olan organlar sınırlandırılmak istenmiştir. İşte böyle bir Devrim mirası hukuk devletini anayasacılık hareketleriyle ilişkilendirecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz hiyerarşik yapılanmada en başta İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, akabinde Anayasa ve daha sonra yasalar geliyordu. Yürütmenin işlemleri ise yasaları ortadan kaldıramaz, değiştiremez ve yasadana daha üstün olamazdı. Böyle bir yapılanmada evrensel hak ve özgürlüklerin önemine vurgu yapan bir bildirinin bulunuyor olması sistemi kusursuz olarak göstermişti. Fakat aynı bildirgenin 4. maddesinde hakların yasayla sınırlanabileceği ifade edilmekte ve böylece yasaya çok fazla güvenilmekteydi.

Böyle bir güven genel iradenin yanılmazlığı düşüncesinin bir sonucudur. Tarihî hakikatler göstermektedir ki genel irade de yanılabilir. Unutmamak gerekir ki bugün bile temel hak ve özgürlüklerin ancak ve ancak yasayla sınırlanabileceği ilkesinin çok büyük bir kabul görmesi söz konusudur. Yasa ile de temel hak ve özgürlüklerin keyfi olarak sınırlandırılabilirliği tartışma dışı bırakılmak istenmektedir.

Fransız Devrimi'nden sonraki bu süreçte Almanya'dan ithal edilen hukuk devleti kavramsallaştırmasının birleştirilmesi sonucu Fransa'da şu ilkeler hukuk devletinin bir gereği olarak belirecektir: Anayasanın üstünlüğü, idareyi yasallığa sıkıca bağlamak ve bunun için örgütlenmiş bir idari yargı teşkilatı. Böylece 1799 yılında Napolyon tarafından kurulan Conseil D'Etat, hukuk devleti içinde kendine yer bulmuş oluyordu.

<sup>88</sup> Larry Arnhart, *Platon'dan Rawls'a Siyasal Düşünce Tarihi*, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Adres Y., Ankara 2011, s. 285.

<sup>89</sup> Arnhart, a.g.e., s. 286.

<sup>90</sup> Chevallier, a.g.e., s. 39.

<sup>91</sup> A.g.e., s. 17.

<sup>92</sup> A.g.e., s. 17.

<sup>93</sup> Bakınız yukarıda “Modern Devlet” başlığı altında egemenlik bahsi.

<sup>94</sup> Bu anayasa 1787 tarihli Amerikan ve 3 Mayıs 1791 tarihli Polonya Anayasalarından sonra dünyanın üçüncü anayasasıdır.

## **DÜNYANIN DEĞİŞİK ANAYASALARININ BAŞLANGIÇ METİNLERİNDE HUKUK DEVLETİ**

Anayasaların başlangıç metinleri birer manifesto niteliğindedir.<sup>95</sup> Çok kuvvetli ve coşku- lu bir dili ihtiva eden bu metinler adeta anayasaların “ruhu”durlar. Bu ruh anayasaların bedenlerine istikamet verir. Bu bakımdan başlangıç metinlerinde yer alacak ilkeler anayasalara ve dolayısıyla devletlere yön verecektir.<sup>96</sup> İşte bu bölümde dünyanın değişik anayasalarının “ruhunda” bulunan hukuk devleti kavramları çok ayrıntıya girmeden incelenecektir.

Bulgaristan Anayasası’nın başlangıç metninde hukukun üstünlüğü [governed by the rule of law] vurgusu vardır. Buna göre Bulgaristan Cumhuriyeti “hukukun üstünlüğü”nün benimsendiği bir devlettir.<sup>97</sup>

Estonya Anayasası’nın başlangıç metninde de mana olarak hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Burada lafız olarak “hukuk devleti” yer almamaktadır. Estonya Cumhuriyeti’nin özgürlük, adalet ve hukuk üstüne kurulan bir devlet [which is founded on liberty, justice and law] olduğu vurgulanmıştır.<sup>98</sup>

Çek Cumhuriyeti Anayasası’nın başlangıç metninde hukuk devleti ilkesi farklı bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre Çek Cumhuriyeti “hukuk devletinin bütün teamüllerine uyma konusunda kararlı” [resolute to take heed to all the well-proven tenets of law-abiding state] bir devlettir.<sup>99</sup>

İspanya Anayasası’nın başlangıç metninde de hukukun üstünlüğü [rule of law] ifadesine rastlanmaktadır.<sup>100</sup>

Litvanya Anayasası’nın başlangıç metninde Litvanya Cumhuriyeti’nin “hukukun hâkimiyeti altında” [State under the rule of law] olan bir devlet olduğu vurgusu vardır.<sup>101</sup>

Portekiz Anayasası’nın başlangıç metninde Portekiz Cumhuriyeti’nin hukukun üstünlüğü dayalı demokratik bir devlet olduğu ifade edilmiştir.<sup>102</sup>

## **TÜRKİYE’DE HUKUK DEVLETİ**

### **1. Türkiye Anayasalarındaki Düzenlemeler**

Daha önce de bahsettiğimiz gibi hukuk devleti kavramı Türkiye’nin hukuk hayatına ilk kez 1961 Anayasası ile adım atmıştır. Aynı Anayasa ile Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetleneceği mahkeme olarak gösterilmiştir. Bunun anlamı anayasada yer alan kavramların yorumunun anayasa mahkemesine bırakılmış olduğudur. Yine hukuk devleti kavramı ve Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası’nda da korunmuştur. II. Dünya Savaşı’ndan sonra anayasa mahkemelerinin kurulmasındaki maksat normlar hiyerarşisini takviye etmektir. Artık hukuk devleti de bir anayasal ilke olduğuna göre bu ilkeyi yorumlayacak ve içini dolduracak mercii de Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla hukuk devleti kavramının Türkiye’de nasıl anlaşıldığının analizi için Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihatlarına bakmak gerekecektir.

<sup>95</sup> Bkz.: Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İÜ Hukuk Fakültesi Yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 112.

<sup>96</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 29.

<sup>97</sup> Bulgaristan Parlamentosu, “The Constitution of Republic Bulgaria”, Erişim: 15.11.2012, <http://www.parliament.bg/en/const>.

<sup>98</sup> Estonya Parlamentosu, “The Constitution of The Republic of Estonia”, Erişim: 15.11.2012, <http://www.legaltext.ee/text/en/X0000K1.htm>.

<sup>99</sup> Çek Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi, “The Constitution of the Czech Republic”, Erişim: 15.11.2012, <http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>

<sup>100</sup> İspanya Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz.: Erişim: 15.11.2012, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-%C4%B0SPANYA%20533-584.pdf>

<sup>101</sup> Litvanya Parlamentosu, “The Constitution of the Republic of Lithuania”, Erişim: 15.11.2012, <http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>

<sup>102</sup> Portekiz Anayasası’nın Türkçe çevirisi için bkz.: Erişim: 15.11.2012, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEKIZ%20439-532.pdf>

## 2. Hukuk Devleti ve Anayasa Mahkemesi

1876 tarihli Kanunuesasi'de "hukuk devleti" kavramı bulunmamaktaydı. Aynı şekilde 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda da hukuk devleti kavramına yer verilmemiştir. Zaten yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu kavramın ilk defa kullanıldığı anayasa 1946 tarihli Prusya Anayasası'dır. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'da "hukuk devleti" veya "hukukun üstünlüğü" ifadeleri geçmemektedir. Ancak bugün hukuk devleti ilkesinin kapsadığı bazı hususlar 1924 Anayasası'nda yer almıştır. Hak ve özgürlüklerin "hududu"nun ancak kanun ile belirlenebileceğini ifade eden 68. madde, kanun önünde eşitliği içeren 69. madde, "kanunen muayyen olan ahval ve eşkâlden başka" hiçbir şekilde kimsenin "derdest ve tevkif" edilemeyeceğini hükme bağlayan 70. madde bunlara örnektir.

1961 Anayasası'nın başlangıç metninde hukuk devletini kurmak idealinden bahsedilmiştir. 1961 Anayasası'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesini de saymıştır. Madde metni şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve 'Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir." Görüldüğü gibi ikinci madde başlangıç metninde belirtilen temel ilkelere ve dolayısıyla hukuk devletine atıf yaparak bu kavramdan adeta iki kez bahsetmiştir. Ayrıca 1961 Anayasası'nda hukuk devleti kavramının geçtiği iki madde daha vardır. Bunlar temel hakların niteliği ve korunması başlığını taşıyan 10. maddesi ile Cumhurbaşkanı'nın and içmesini düzenleyen 96. maddesidir.

1982 Anayasası da hukuk devleti ilkesine açıkça referans veren bir anayasadır. Belirtmek gerekir ki 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nın başlangıç metninde hukuk devleti ilkesine yer verilmemiştir. Anayasanın başlangıç metninde birçok gereksiz ifade bulunmasına karşın hukuk devleti gibi temelde devleti sınırlamaya dönük bir yönü olan bir kavramın atlanmış olması bilinçli bir tercihi yansıtır kanaatindeyim. Anayasa başlangıç metinlerinin en önemli özelliği o anayasayı yapanların manifestosu olmasıdır. Bu

bakımdan hukuk devleti ilkesinin manifestoda yer almaması, her ne kadar bu ilke anayasa metninde üç yerde geçiyor ise de, Anayasa'nın "ruhunu" göstermesi bakımından ilginçtir. Anayasa'nın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesini de saymıştır. Madde metni şöyledir: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." Ayrıca 1982 Anayasası'nda hukuk devleti kavramının geçtiği iki madde daha vardır. Bunlar devletin temel amaç ve görevleri başlığını taşıyan 5. maddesi ile parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma başlıklı 68. maddesidir. "Hukukun üstünlüğü" ifadesi ise milletvekilleri ve cumhurbaşkanının göreve başlarken yapacakları yemin metinlerini düzenleyen 81 ve 103. maddesinde geçmektedir. Belirtmek gerekir ki hukukun üstünlüğü ifadesi 1961 Anayasası'nda bulunmamaktaydı.

## 3. Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Tanımı

Anayasa Mahkemesi hukuk devletini şöyle tanımlamaktadır:<sup>103</sup> "Hukuk devleti, insan haklarına saygı duyan ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalet ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran, bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir." Bu tanımdan anladığımız kadarıyla Anayasa mahkemesi yukarıda açıklamaya çalıştığımız hukuk devletinin şekli ve maddi anlamlarından her ikisini benimsiyor gözükmektedir.

## 4. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devletinin Gereklere

Anayasa Mahkemesi yüzlerce kararında hukuk devleti ilkesine referans vermiş ve Türkiye'de tarihi ve felsefi temelleri bulunmayan

<sup>103</sup> 21.04.1992 tarihli bu karar için bkz.: Güneş Müftüoğlu, *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*, Saypa Y., Ankara 1996, s. 335.



bu kavramın içini doldurmuştur. Anayasa Mahkemesi hukuk devleti kavramından her biri birer ilke olan onlarca anlam çıkarmıştır. Burada Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti kavramını nasıl yorumladığı incelenecektir.

### **a. İnsan Haklarına Saygı Gösterilmesi ve Korunması<sup>104</sup>**

“Anayasa’nın 2 ve 5. maddelerinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesine göre işlem ve eylemlerin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin içtenlikle benimsenmesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı, âdil bir hukuk düzeni kurarak bunu geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir. Yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda bulunduğu Anayasa ve temel hukuk ilkeleri vardır. Anayasa’da öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler. İnsanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir.”

### **b. Temel Hak ve Hürriyetlerin Anayasal İlke Hâline Getirilmesi<sup>105</sup>**

“Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu, açıkça belirtilmiştir. Hukuk devleti olmak, idare edilenlere hukuk güvenini sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzen kurulması, yasama ve yargı yetkileri ile yürütme alanına giren bütün faaliyetlerin, hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve hürriyetlerin, değiştirilmesi ve aykırı davranılması kolay almayan metinler içinde, Anayasa ilkesi hâline sokulması ile gerçekleştirilebilir. Hukuk kuralları kendisini, en yoğun şekilde, yargı alanında gösterir. Bu nedenle yargı mercilerinden verilen karar veya

hükümlerin, kişinin temel hak ve hürriyetleriyle ilgili yönü üzerinde önemle durmak gerekir. Ceza Mahkemelerinden verilen kararların çoğu, kişi dokunulmazlığını çeşitli yönlerden etkileyici niteliktedir. Bundan dolayıdır ki Anayasa, hâkimlerin, kişi dokunulmazlığını ve hürriyetini sınırlayan kanun hükümlerini uygularken, yasaya bağlılık kuralı içinde kalmalarını, ilgililerin, mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına başvurma olanağına sahip bulunmaları sağlamak ereği ile yüksek mahkemeleri kurmuş bulunmaktadır.”

### **c. Hakların Özüne ve Demokratik Toplum Düzenine Rıyet<sup>106</sup>**

“Savunmanın hazırlanması için gerekli zamana sahip olma hakkı, kuşkusuz, Anayasa’nın 36. maddesinde belirtilen meşru vasıta ve yollardan yararlanmak kavramının kapsamındadır. Bu sürenin yasayla yetersiz biçimde saptanması olanağı yoktur. Çünkü her suçun ve her sanığın, savunmasını hazırlamak için gerek duyacağı sürenin hiçbiri diğerine benzemez. Savunma olanakları, suç yapılan farklıdır. Bütün bu durumları üç günlük bir süre ile karşılama amacını güden bir düzenleme, ister istemez savunma hakkının özünü zedeleyen, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama olacaktır. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca yapılması gereken sınırlamayı, yasanın öngördüğü alt ve üst sınırlar içinde yargıç yapabilmelidir. Nitekim genelde Ceza Yargılama Yöntemi Yasası’nın benimsediği kural da budur. Yine Anayasanın 2. maddesinin öngördüğü “hukuk devleti” ilkesinin gereği de budur. Açıklanan nedenlerle, 3005 sayılı Yasa’nın itiraz konusu 12. maddesi, Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrası ile 2. maddesindeki hukuk Devleti ilkesine aykırıdır, iptal edilmesi gerekmektedir.”

### **d. Devlet Organların Bütün İşlem Yargı Denetimine Tabi Olması<sup>107</sup>**

“Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda ada-

<sup>104</sup> AYM, E. 1997/59, K. 1998/71, KT: 18.11.1998.

<sup>105</sup> AYM, E. 1968/61, K. 1969/23, KT: 29.04.1969.

<sup>106</sup> AYM, E. 1992/8, K. 1992/39, KT: 16.06.1992.

<sup>107</sup> AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, KT: 01.02.1996.

letli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlettir.”

#### **e. Tabî Hâkim İlkesi<sup>108</sup>**

“Hukukun genel prensipleri ve özellikle hukuk devleti olabilmenin ana ilkeleri kanımiza göre genel ölçülere göre ve evvelden davaların özelliği hiç bir şekilde düşünülmezsizin kişilerin yargılanmaktan hâkimin suçtan evvel gösterilme esasını gerektirir. Sanığın bu esasa aykırı olarak suçtan evvel gösterilen hâkimden başkasının önüne çıkarılması yasağına karşı her türlü uygulama kanımıza göre Anayasa’ya aykırıdır. Kaldı ki bu kuralın yönetsel ve siyasi bir kişilik taşıyan Adalet Bakanı eli ile değiştirilmesi hiç bir şekilde savunulacak bir yöntem olamaz.”

#### **f. Kanunların Kamu Yararına Dayanması Gerekliliği<sup>109</sup>**

“Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır... Hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması gereğini de içermektedir. Buna göre kamu yararı düşüncesi olmaksızın diğer bir anlatımla, yalnız özel çıkar veya belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz.”

#### **g. Yargı Bağımsızlığı<sup>110</sup>**

“Anayasa’nın kurmayı hedef tuttuğu demokratik hukuk devletinin temeli ve teminatı adalettir. Adaletin dağıtılmasında ise, hâkimlerin görevlerinde bağımsızlığı ilkesinin yeri ve önemi meydandadır. Anayasa koyucusu bu ilke üzerinde titizlikle durmuştur. Gene Anayasa Komisyonu raporunun genel gerekçe kısmının yargı bölümünde de bu konuya ayrıca

değinilmiş ve bütün devlet faaliyetlerinin kazaî denetime tabi tutulduğu, bu denetimi yapacak olan organların bağımsızlığının bu denetiminin ciddi ve tesirli olmasının şartı bulunduğu, bu bakımdan hâkimler ve mahkemeler üzerinde her türlü etkileri önleyici hükümlerin tasarıya konulduğu ve mahkemelerin yasa ve yürütme organları karşısında tamamıyla bağımsız hâle getirildiği belirtildiği gibi Anayasa’nın 132’nci maddesindeki açık ve kesin hükümlerle de hâkimlerin bağımsızlığı korunmuştur.”

#### **h. Hak Arama Hürriyeti<sup>111</sup>**

“Anayasa’nın ‘Hak arama hürriyeti’ başlıklı 36. maddesinde, herkesin, geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı veya davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişiye, hukuka uygun araç ve yollardan yararlanarak hakkına kavuşması olanağı tanınmasının, hukuk devletinin vazgeçilmez bir gereği olduğu tartışmasızdır.”

#### **i. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi<sup>112</sup>**

“Hukuk devleti, kısaca; kişi hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu kılan, bütün çalışmalarında hukuka ve Anayasa’ya uyan devlet demektir. Devlet organlarının çalışmalarında hukuka ve Anayasa’ya uymaları, bu organların bütün işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi, ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi ile “kanunî yargı yolu” ilkesi de hukuk devleti kavramının gereklerindedir.”

#### **j. Kamu Hizmetlerinin Düzenli ve Sürekli Yürütülmesi<sup>113</sup>**

“Kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli biçimde yürütülmesi bir hukuk devletinin başta

<sup>108</sup> AYM, E. 1977/36, K. 1977/130, KT: 03.11.1977.

<sup>109</sup> AYM, E. 1995/20, K. 1996/4, KT: 01.02.1996.

<sup>110</sup> AYM, E. 1963/99, K. 1964/38, KT: 13.05.1963.

<sup>111</sup> AYM, E. 1996/66, K. 1997/7, KT: 31.01.1997.

<sup>112</sup> AYM, E. 1977/36, K. 1977/130, KT: 03.11.1977.

<sup>113</sup> AYM, E. 1973/23, K. 1974/2, KT: 15.01.1974.

gelen görevlerindedir. Yurttaşların hak ve hürriyetleri, mal ve can güvenlikleriyle ilgili adalet ve yargı işlerinin ise ötekilerinden ayrımlı ve çok daha önemli olduğu; özellikle bu hizmetlerin görülmesinde hiçbir kaygı ve kuşkuya yer verilmemesi gerektiği tartışmasız benimsenecek gerçeklerdendir. Onun içindir ki konu Anayasa'da doğrudan doğruya ele alınarak mahkemenin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve güvenceleri yönünden genel nitelikte kurallar konulmuş; söz gelimi hâkimlerin nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi gibi konuların mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre kanunla düzenleneceği (değişik madde 134); mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yine kanunla düzenleneceği (değişik madde 136) yolunda kurallara yer verilmiştir. Hastalık, izin ve benzeri gibi nedenlerle görevinden ayrılan bir hâkimin görevi başına dönmesine veya hâkimlik yeri boşsa o yere başkasının atanmasına değin beklemenin hizmetin niteliğinin ve öneminin gerekleri ile bağdaşamayacağı, işin bir süre duraklaması ve aksamasının sakıncalı sonuçlara yol açacağı ve böyle durumları önleyebilmek üzere bir yasal düzenlemeye gereksinme olduğu ortadadır, işte incelenen yasa kuralı bu gereksinmeyi karşılamaktadır ve yargı hizmetinin düzenli, sürekli biçimde yürütülmesine önemli katkılarda bulunacağı için bu konuda büyük titizlik gösteren Anayasa Koyucunun ereği doğrultusunda olduğu da kuşkusuzdur.”

#### ***k. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Uymamak İçin Kanun Yapılamaması<sup>114</sup>***

“Yasama organının, bir Anayasa Mahkemesi kararını uygulanamaz hâle getirmek için yasa çıkarması, Anayasa'nın 153. maddesine, 11. maddesine, Başlangıç bölümünün 3. ve 4. fıkralarına ve 2. maddedeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır... Bu düzenlemelerin tümünün “acil ihtiyaçlar”dan kaynaklandığı ileri sürülebilir ama hukuk devleti, mazereti ve gerekçesi her ne olursa olsun, bir an bile hukuk

<sup>114</sup> AYM, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.06.1997.

düzeni ve Anayasa dışına çıkmayan devlet demektir: Yürütme organı da, mazeret değil, çözüm üreten yerdir ve bu çözümler hiçbir biçimde Anayasa'nın dışına çıkamaz. Yasa tasarisinin TBMM'de görüşülmesi sırasında getirilen açıklamalar için söylenebilecek tek şey “özü'n kabahatten de büyük olduğu”dur. Daha önce defalarca Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği biline biline, aynı düzenlemeler bir kez daha getirilmektedir ki, bu, Anayasa'ya karşı suçtur. Ancak, bu suçun ortadan kaldırılması ve hukuk devletinin korunması görevi, yine Anayasa Mahkemesi'ne düşmüştür.”

#### ***l. İdareye Keyfiliğe İmkân Verecek Şekilde Takdir Yetkisi Tanınmaması<sup>115</sup>***

“Öte yandan bu izni Bakanlar Kurulu uygun gördüğü derneğe verebileceği için izni alan dernek, izni almayan derneklere göre tüm anlamıyla imtiyazlı, üstün bir duruma geçmiş olacaktır. Böyle bir sonuca yol açacak bir kuralı Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ve 12. maddesindeki kişilere, ailelere, zümrelere, sınıflara imtiyaz tanıma yasağı ile bağdaştırmağa olanak yoktur.”

#### ***m. Eşitlik İlkesi<sup>116</sup>***

“Hukuk devletinin öğeleri arasında, ...eşitlik ilkesi vardır.”

#### ***n. Lehe Olan Ceza Normlarının Geçmişe Yürümesi<sup>117</sup>***

“İtiraz konusu kuralda, haklarında yakalama, tutuklama veya mahkûmiyet kararı bulunup da firar hâlinde olanların Yasa'nın yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde resmî mercilere teslim olmadıkları takdirde madde hükümlerinden yararlanamayacakları belirtilmiştir... Adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde,

<sup>115</sup> AYM, E. 1973/3, K. 1973/37, KT: 18-19-20.12.1973.

<sup>116</sup> AYM, E. 1991/38, K. 1991/38, KT: 24.10.1991.

<sup>117</sup> AYM, E. 2003/42, K. 2003/44, KT: 27.05.2003.

itiraz konusu kuralda olduğu gibi aleyhe sonuç doğuran bir düzenlemenin adil olduğundan söz edilemez. Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

### ***o. Hakların Elde Edilmesinin Zorlaştırılmaması Gerekliği***<sup>118</sup>

“Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi 'islah' yoluyla artırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, 'hukuk devleti' ilkesine aykırıdır.”

### ***p. Vergi Yükünün Adil Dağılımının Engellenmemesi Gerekliği***<sup>119</sup>

“03.04.2003 tarih ve 4837 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, daha önceden belirlenmiş hukuk kurallarına göre tarh ve tahakkuk işlemleri tamamlanmış motorlu taşıtlar vergilerini ödemiş veya ödemeye hazırlanan mükelleflerden 2003 yılı için ek bir motorlu taşıtlar vergisi alınması, verginin öngörülebilirliğini, vergilendirmenin belirliliği ilkesini ve dolayısı ile hukukî güvenliği açıkça ihlal ettiği için Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.”

### ***r. Kuvvetler Ayrılığı***<sup>120</sup>

“Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün 4'üncü fıkrasında kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 2'nci maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu açık olarak belirtilmiştir. Hukuk devletinde devleti yönetenler Anayasa'ya ve yasalara bağlıdır ve saygılıdır.”

### ***s. Hukuk Devleti Tüccar Gibi Davranan Bir Devlet Değildir***<sup>121</sup>

“Kuşkusuz hukuk devleti, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtildiği gibi 'adalet anlayışı içinde'ki devlettir ve bu nedenle ülke için yetiştirdiği öğrencilerine bir tüccar gibi davranamaz. Krediyi geri alırken, verdiği kurallar içinde geri alır.”

### ***t. Acil İhtiyaçların Hukukun Dışına Çıkılmasını Meşru Kılmaması***<sup>122</sup>

“Bu düzenlemelerin tümünün 'acil ihtiyaçlar'dan kaynaklandığı ileri sürülebilir ama hukuk devleti, mazereti ve gerekçesi her ne olursa olsun, bir an bile hukuk düzeni ve Anayasa dışına çıkmayan devlet demektir: Yürütme organı da, mazeret değil, çözüm üreten yerdır ve bu çözümler hiçbir biçimde Anayasa'nın dışına çıkamaz.”

### ***u. Cezalandırmanın Amacı Öç Almak Değildir***<sup>123</sup>

“...Kaldı ki modern ceza infaz sisteminde suçluyu cezalandırmanın ereği, ondan öç almak değildir; Bunun tamamen tersine suçluyu düzelterip iyileştirerek onu yararlı bir kişi hâline getirip topluma kazandırmak ve böylece toplumu korumaktır. Ceza infaz sisteminin amacı bu olduğuna göre suçluyu toplum dışına iten ve temelli hak yoksunluğu doğuran bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle de açıkça çatışacağı ortadadır.”

## **SONUÇ**

Çalışmamızda hukuk devleti kavramını izah etmenin gayretinde olduk. Bunun için öncelikle modern devlet ve hukuk kavramlarını konudan sapmayacak ölçüde ele almaya çalıştık. Daha sonra hukuk devleti kavramının belli tarihsel yükleri üzerinde taşıdığından bahisle kavramın

<sup>118</sup> AYM, E. 1999/1, K. 1999/33, KT: 20.07.1999.

<sup>119</sup> AYM, E. 2003/48, K. 2003/76, KT: 23.07.2003.

<sup>120</sup> AYM, E. 1997/36, K. 1997/52, KT: 20.05.1997.

<sup>121</sup> AYM, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.06.1997.

<sup>122</sup> AYM, E. 1996/56, K. 1997/58, KT: 24.06.1997.

<sup>123</sup> AYM, E. 1973/3, K. 1973/37, KT: 18-19-20.12.1973, (Karşı oy yazısı).

tarihsel gelişimini ve oynadığı rolleri anlayabilmek amacıyla İngiltere, Almanya ve Fransa tarihlerinden bazı kesitleri sunduk. Akabinde hukuk devleti kavramının Türkiye’de nasıl anlaşıldığını analiz edebilmek için Anayasa Mahkemesinin birçok kararına başvurduk. Böylece kavramın hukuksal pratiğini de görmüş olduk.

Şüphesiz çalışmamıza yön veren en önemli kavramlardan birisi de “tarih bilinci” olmuştur. Hukukçular normatif çalışma yapmanın yanında hukuk felsefesi, tarihi ve sosyolojisiyle ilgilenmek mecburiyetindedir. Nitekim hukuk devleti kavramında da gördük ki bu kavram felsefe, tarih ve sosyoloji bilinmeden izah edilemez. Aksi takdirde hukuk çorak bir tarlaya dönüşür ve böyle bir tarladan verim alınamaz.

### Kaynakça

- Abadan, Yavuz; *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Y., Ankara 1954.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali (Ed.); *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İletişim Y., İstanbul 2011.
- Akad, Mehmet-Dinçkol Bihterin Vural; *Genel Kamu Hukuku*, Der Y., İstanbul 2006.
- Aktaş, Sururi; “*Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirel Bir Refleksiyon*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IV, S: 1-2.
- Aral, Vecdi; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Y., İstanbul 1979.
- ; *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- Arnhart, Larry; *Platon'dan Rawls'a Siyasal Düşünce Tarihi*, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Adres Y., Ankara 2011.
- Arsal, Sadri Maksudî ; *Hukuk Felsefesi Tarihi*, Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Y., İstanbul 1945.
- Aydınlı, Halil İbrahim-Ayhan, Veysel; “*Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi Perspektifinden İktidarın Sınırlanması Tartışması*”, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 5, S: 1.
- Bagehot, Walter; “*İngiliz Anayasası*”, *Batı'ya Yön Veren Metinler* içinde, Der.: Alev Alatlı, C: 3, Kapadokya Meslek Yüksek Okulu.
- Bezci, Bünyamin; *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi Modern Devletin Müdafaası*, Paradigma Y., İstanbul 2006.
- Bilge, Necip; *Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavramları ve Kuramları)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Bünyamin Bezci; *Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme, Finans Politik ve Ekonomik Yorumlar*, C: 44, S: 508.
- Cevzici, Ahmet; *Felsefe Tarihi*, Say Y., İstanbul 2011.
- Chevallier, Jacques; *Hukuk Devleti*, Çev.: Ertuğrul Cenk Gürcan, İmaj Y., Ankara 2010.
- Çeçen, Anıl; “*Hukukta Norm ve Adalet*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 32, S: 1-4, Ankara 1975.
- Dicey, Albert Vincent; “*Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar*” [Rule of Law: Its Nature and General Applications, in Introduction to the Study of the Law of Constitution], Çev.: Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008.
- Erdoğan, Mustafa; “*Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?*”, *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008.
- Gökkılıç, Deniz; *İngiltere’de ‘Hukuk Devleti’ Anlaşışı*, Garanti Matbaası, İstanbul 1970.
- Hatemi, Hüseyin; *Hukuk Devleti Öğretisi*, İşaret Y., İstanbul 1989.
- Hayek, Friedrich A. Von; “*Özgürlük ve Hukuk Devleti: Tarihsel Bir İnceleme*”, Çev.: Seda Gültekin Göktolga-Ali Rıza Çoban, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008.
- Hobbes, Thomas; *Leviathan*, Çev.: Semih Lim, Yapı Kredi Y., İstanbul 2012.
- İşıқтаç, Yasemin; *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- Kaboğlu, İbrahim Özden; *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Y., İstanbul 2006.
- Kılıçbay, Mehmet Ali; “*Devletin Yeniden Yapılması*”, *Doğu-Batı* dergisi, C.:1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997.
- Küçük, Adnan; “*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*”, *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasal Bir İdeal* içinde, Ed.: Ali Rıza Çoban-Bilal Canatan-Adnan Küçük, Adres Y., Ankara 2008.
- Machiavelli, Niccolo; *Hükümdar*, Çev.: Necdet Adabağ, İş Bankası Y., İstanbul 2011.

- Müftüoğlu, Güneş; *Sosyal Devlet ve Hukuk Devleti*, Saypa Y., Ankara 1996.
- Oğuzman, Kemal-Barlas Nami; *Medeni Hukuk*, Arıkan Y., İstanbul 2006.
- Ortaylı, İlber; "Devlete Nasıl Bakmalı?", *Doğu-Batı* dergisi, C:1 (Devlet Sayısı), Ankara 1997.
- Ökçesiz, Hayrettin; *Hukuk Devleti Olgusu, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi*, C.:3, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Alkım Y., İstanbul 1996.
- Özlem, Doğan; "Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008.
- Rousseau, Jean Jacques; *Toplum Sözleşmesi*, Çev.: Vedat Günyol, İş Bankası Y., İstanbul 2006.
- Russ, Jacqueline (Ed.); *Felsefe Tarihi*, C: 2-*Modern Dünyanın Yaratılması*, Çev.: İsmail Yerguz, İletişim Y., İstanbul 2012.
- Sancar, Mithat; "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", *Doğu Batı* dergisi, S: 13 (Hukuk ve Adalet Üstüne sayısı), Ankara 2008.
- Sander, Oral; *Siyasi Tarih*, C:1, İmge Kitabevi, İstanbul 2011.
- Schmitt, Carl; *Siyasi İlahiyat Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Y., Ankara 2010.
- Sungurbey, İsmet; "Hak Nedir?", (Der.: Hayrettin Ökçesiz), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, Alkım Y., İstanbul 1997.
- Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Teziç, Erdoğan; *Anayasa Hukuku*, Beta Y., İstanbul 2007.
- Tunaya, Tarık Zafer; *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İÜ Hukuk Fakültesi Yayınları Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1991.

## Elektronik Kaynakça

- <http://www.parliament.bg/en/const>
- <http://www.legaltext.ee/text/en/X0000K1.htm>
- <http://www.psp.cz/cgi-bin/eng/docs/laws/1993/1.html>
- <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/14-C4%BOSPANYA%20533-584.pdf>